H. Magistrada y H. H. Magistrados
Corte Constitucional
E. S. D.

Atención:
H. Magistrado
Jorge Iván Palacio Palacio

Referencia: concepto de constitucionalidad en la revisión del proyecto de ley estatutaria 263 de 2011 – Senado 195 de 2011 Cámara *"Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones"*
Expediente: PE-33

Nosotros, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Juan Camilo Rivera Rugeles, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, respetuosamente nos permitimos presentar a la H. Corte Constitucional este concepto de constitucionalidad, mediante la cual exponemos nuestras apreciaciones respecto de la compatibilidad del proyecto de ley estatutaria 263 de 2011 – Senado 195 de 2011 Cámara[1] ("el proyecto de ley estatutaria") con la Constitución Política (CP) y con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Las normas de la CP y de los tratados mencionados establecen reglas sobre el respeto y la garantía de los derechos humanos por parte de los organismos que llevan a cabo labores de inteligencia y contrainteligencia. Algunas de estas reglas –las que se desprenden de los tratados sobre derechos humanos– han sido establecidas por órganos de los sistemas universal y regionales de protección de derechos humanos que se han pronunciado sobre el particular. Tales estándares son relevantes para analizar la compatibilidad de normas legales con los mandatos de la CP y de los tratados internacionales, conforme a los argumentos que se expondrán más adelante.

Para plantear nuestras observaciones con relación a la adecuación de las normas del proyecto de ley estatutaria con las normas sobre derechos humanos nos parece pertinente

[1] *"Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones".*

exponer primero las razones constitucionales que habilitan a la Corte a tomar en cuenta los estándares internacionales que se invocarán en el concepto. Hecho esto, realizaremos el estudio de fondo del proyecto de ley estatutaria, en el cual formularemos algunos comentarios generales que resultarían aplicables a la totalidad de la ley, y otros específicos relacionados con disposiciones particulares que regulan algunos temas concretos.

I. Cuestión preliminar

En nuestro escrito sostendremos que algunas disposiciones del proyecto de ley estatutaria son contrarias a los derechos humanos, y para demostrarlo acudiremos a estándares internacionales sobre el particular. Por esto, antes de entrar en materia es pertinente recordar las razones por las cuales los estándares internacionales sobre protección de derechos humanos son relevantes para ejercer el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional debe realizar en el presente proceso.

En primer lugar, es preciso recordar que Colombia ha ratificado o se ha adherido a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos de los que se desprende el deber de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que habitan en su jurisdicción. Entre ellos vale la pena destacar el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[2] (PIDCP), ratificado en 1969, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[3] (CADH), ratificada en 1973.

De acuerdo con la CP, tales tratados tienen fuerza jurídica en el derecho interno. Así, el artículo 93 de la CP indica que *"[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".* El carácter vinculante de los tratados mencionados en el artículo 93 de la CP ha servido de base a la Corte Constitucional para afirmar que las decisiones e informes de órganos internacionales creados para la interpretación y aplicación de los mencionados instrumentos internacionales deben ser tenidos en cuenta por la Corte Constitucional, pues ellos son un *"criterio hermenéutico relevante"* para determinar el sentido y alcance de las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Además, conviene recordar que la Corte Constitucional les ha reconocido valor interpretativo no sólo a las decisiones de los organismos que aplican los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia, sino también a decisiones de organismos que aplican tratados internacionales de los que

[2] Ver documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/89.
[3] Ver Organización de los Estados Americanos, *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Costa Rica, 1997, págs. 49 y siguientes.

Colombia no es parte pero cuyo contenido es similar al de tratados de los que sí es parte. Un ejemplo de ello son las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en las que aplica el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[4]. Según la Corte Constitucional, los pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos son relevantes para los debates de constitucionalidad de las leyes por dos razones distintas (cuando menos): la primera, que la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, es una fuente de interpretación de las normas jurídicas; y la segunda, que si bien Colombia no es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que es el que le corresponde interpretar y aplicar a la Corte Europea–, varias de las disposiciones de este Convenio se reproducen en tratados que sí resultan vinculantes para Colombia, por lo que sus decisiones son un *"criterio guía útil para efectos de discernir el contenido y alcance de los compromisos internacionales de Colombia en la materia"* [5].

También haremos referencia a informes de organismos no jurisdiccionales, como son los procedimientos especiales de la Organización de Nacionales Unidas, en especial a algunas relatorías, teniendo en cuenta que en anteriores oportunidades la Corte ha utilizado informes de Relatores Especiales de Naciones Unidas como una herramienta interpretativa en los análisis de constitucionalidad de las normas[6].

Además de recurrir a informes y decisiones de organismos internacionales encargados de la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos, eventualmente haremos algunas referencias a marcos jurídicos e institucionales establecidos por otros Estados para regular sus servicios de inteligencia. El recurso al derecho comparado es un criterio auxiliar de interpretación que puede servir para ayudar a comprender ciertas instituciones jurídicas. La Corte Constitucional ha recurrido en varias ocasiones al derecho comparado para analizar determinada institución jurídica, e incluso así lo hizo al revisar la anterior regulación sobre inteligencia y contrainteligencia, que fue declarada inconstitucional[7].

Con base en lo anterior, entendemos que tanto las decisiones e informes de organismos internacionales encargados de aplicar tratados sobre derechos humanos, así como las referencias a la regulación de los servicios de inteligencia en otros Estados, son criterios interpretativos útiles y relevantes que pueden ser tenidos en cuenta por la Corte Constitucional para ejercer control de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria.

II. Síntesis de los argumentos

---

[4] Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
[5] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[6] Así lo ha hecho, por ejemplo, en las sentencias C-136 de 2009, M. P.: Jaime Araújo Rentería, y C-802 de 2002, M. P.: Álvaro Tafur Galvis (citando al Relator Especial de Naciones Unidas sobre estados de excepción, Leandro Despouy); C-370 de 2006, varios ponentes (citando reiteradamente el informe del Relator Especial Louis Joinet); C-1149 de 2001, M. P.: Jaime Araújo Rentería (citando el informe del Relator Especial Theo van Boven); y C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño (citando el informe del Relator de Naciones Unidas para la libertad de expresión).
[7] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2010, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Para efectos de una mejor claridad en la exposición y una mayor coherencia en la argumentación, a continuación presentaremos los temas que serán abordados en el concepto de constitucionalidad y las tesis que defenderemos. Como ya hemos mencionado, nuestros comentarios sobre el proyecto de ley estatutaria son de dos clases: comentarios generales aplicables a la totalidad del proyecto, y comentarios específicos sobre determinadas disposiciones que lo integran. Afirmaremos en el concepto que tanto algunos aspectos sobre la totalidad de la ley, como otros relacionados con disposiciones específicas, no respetan ni garantizan de manera adecuada los derechos humanos reconocidos en la CP y en tratados sobre derechos humanos.

Respecto de los comentarios generales indicaremos que el proyecto de ley estatutaria adolece de dos defectos estructurales. El primero de ellos es que la regulación de aspectos centrales sobre la inteligencia y contrainteligencia acude a conceptos vagos e imprecisos, lo cual impide tener certeza acerca del funcionamiento de los organismos encargados de esas actividades y de sus límites. Así, los servicios de inteligencia y contrainteligencia son definidos como aquellos que buscan *"proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta Ley"*. Estos términos amplios no permiten interpretar de manera clara el mandato de los servicios de inteligencia y contrainteligencia, con la consecuente falta de certeza por parte de los ciudadanos acerca de su funcionamiento. Esta definición imprecisa y amplia de los servicios de inteligencia dificulta la atribución de responsabilidad a los organismos de inteligencia y contrainteligencia y dificulta su rendición de cuentas, su supervisión y examen. Además, el proyecto de ley estatutaria no enlista de manera exhaustiva las facultades atribuidas a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, sino que tan solo se limita a mencionar algunas potestades con las que cuentan dichos organismos para ejercer sus funciones. Las imprecisiones sobre el mandato y la falta de rigor al señalar las facultades otorgadas a los organismos de inteligencia desatienden el deber de que todas las limitaciones a los derechos humanos se encuentren definidas de manera clara y específica en una ley.

El segundo defecto estructural apreciable se relaciona con la ausencia de mecanismos de control adecuados, independientes y efectivos que controlen las actividades de inteligencia y contrainteligencia para evitar sus arbitrariedades y excesos. En el escrito expondremos que los controles internos y externos previstos por el proyecto de ley estatutaria no tienen la capacidad real de limitar los excesos y arbitrariedades de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Además, el control ciudadano es debilitado por la norma que sanciona con pena privativa de la libertad la divulgación de información de carácter reservado. Finalmente, es preciso observar que la ley no contempla una institución civil independiente de los servicios de inteligencia y del ejecutivo que tenga la misión de controlar dicha actividad. La carencia de controles adecuados, independientes y efectivos es especialmente grave tratándose de actividades que, como las de inteligencia, son de carácter secreto, por lo que no están sujetas al escrutinio público permanente.

Las imprecisiones legales y la ausencia de controles adecuados, independientes y efectivos hacen inconstitucional el proyecto de ley estatutaria tal como fue aprobado por el Congreso, pues se trata de aspectos estructurales. Dado que estos dos defectos estructurales del proyecto de ley son consecuencia de la ausencia de regulación legal, consideramos que no es posible corregirlos en la sentencia que revise el proyecto de ley estatutaria. Así mismo, como no se trata de vicios de procedimiento sino de aspectos sustanciales, no es posible devolver el texto al Congreso para que este subsane sus defectos de inconstitucionalidad. La única alternativa es, entonces, que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley estatutaria, la cual puede ser diferida por un tiempo prudencial, pues dejar sin piso legal las actividades de inteligencia podría dar lugar a situaciones aún más preocupantes desde el punto de vista del respeto de las normas constitucionales.

Además de estas consideraciones generales, también formularemos comentarios específicos sobre varias disposiciones del proyecto de ley estatutaria. En estos comentarios ponemos de presente que algunas disposiciones del proyecto de ley estatutaria son inconstitucionales por alguna de las siguientes razones: por desconocer el principio de legalidad en las limitaciones a los derechos humanos; por desconocer los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información; por desconocer el derecho a la intimidad; o por desconocer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

En primer lugar, el proyecto de ley estatutaria introduce varias habilitaciones al Gobierno para regular asuntos que, en la medida en que constituyen restricciones a los derechos fundamentales, deberían ser hechas por ley de la república. En otras palabras, se habilita al Gobierno a regular temas que están reservados a la ley. De un lado, el **artículo 37** faculta al Gobierno nacional a establecer los niveles de clasificación de la información y a definir los niveles de acceso a ella por parte de los servidores públicos. Ambas facultades tienen incidencia directa en el disfrute y ejercicio del derecho de acceso a la información, por lo que deben ser decididas mediante una ley de la república, y no por una norma administrativa.

Por su parte, el **artículo 30** del proyecto de ley estatutaria encarga a la llamada Comisión asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia la labor de formular recomendaciones al Gobierno nacional sobre asuntos propios del derecho al hábeas data (artículo 15 de la CP), tales como: los criterios de permanencia y de retiro de información, y el destino de los datos y archivos reservados que sean retirados. Para guiar esta actividad, se limita a mencionar una serie de criterios que, dada su vaguedad, no constituyen una orientación clara a la labor que desarrollará la mencionada comisión, por lo que se entiende que será esta comisión, y no la ley, la que a través de sus recomendaciones se ocupe de aspectos esenciales del derecho al hábeas data, vulnerando así la reserva legal. En sus incisos finales, el artículo 30 del proyecto de ley estatutaria señala que el Gobierno

nacional pondrá en marcha el sistema de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, habilitando así que sea el Gobierno el que dé alcance al derecho al hábeas data respecto de las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, lo cual también desconoce la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

Finalmente, el **artículo 11** faculta a los organismos de inteligencia a colaborar con sus homólogos de otros países, con base en protocolos de seguridad necesarios para garantizar la protección y reserva de la información. Según esta disposición, tales protocolos deben ampararse en las demás disposiciones del proyecto de ley estatutaria, pero este en ninguna parte prevé normas relacionadas con el intercambio de información con organismos de inteligencia extranjeros. Aspectos centrales de esta clase de operaciones, como las condiciones que deben presentarse para que los intercambios de información se hagan, las entidades encargadas de llevarlos a cabo o las salvaguardas aplicables, no son abordados por el proyecto de ley estatutaria. Por lo tanto, serán los protocolos diseñados por los organismos de inteligencia los que definirán estos aspectos centrales, y no una ley de la república, como debería ser, teniendo en cuenta que la colaboración con organismos internacionales supone una restricción al derecho a la autodeterminación informativa (artículo 15 de la CP).

En segundo lugar, sostendremos que varias disposiciones del proyecto de ley estatutaria deben ser declaradas inconstitucionales por restringir de manera desproporcionada el derecho de acceso a la información (artículo 20 de la CP). Entre estas disposiciones se encuentra el **artículo 33** del proyecto, el cual regula el término de reserva de los documentos de inteligencia. Según esta norma, un documento podrá ser sometido a reserva de hasta 30 años, prorrogables por 15 años más cuando el Presidente así lo determine, *"cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes"*. Estas circunstancias que habilitan la prórroga en el término máximo de vigencia no se encuentran precisadas en la ley, por lo que la determinación de su contenido queda reservada al intérprete, que en este caso es el Presidente de la república. La ambigüedad y vaguedad de estas causales le permiten un margen de apreciación excesivo que puede dar lugar a la arbitrariedad. Esto es contrario al derecho de acceso a la información, ya que permite que los documentos de inteligencia permanezcan en secreto no con base en una ley clara y precisa, como lo exigen las normas de derechos humanos, sino en virtud del criterio subjetivo de un funcionario.

El mismo artículo 33 establece además que la información de inteligencia relacionada con grupos armados al margen de la ley podrá prorrogarse hasta la fecha en la que se produzca su desmovilización. De esta forma, el término de reserva de la información depende ya no de un plazo, cierto y definido, sino de una condición, de incierta realización. Esto es contrario al deber de los Estados de establecer mediante ley, de manera inequívoca, cuál será la duración de la reserva de la información.

Otra de las disposiciones inconstitucionales es el **artículo 45**, que sanciona con pena de prisión a todo particular que dé a conocer un documento público de carácter reservado, lo cual es contrario al derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la CP). Esta disposición es innecesaria y desproporcionada, pues no sanciona conductas que no suponen ningún riesgo a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, ni tampoco afectan derechos fundamentales de ninguna persona. Además, esta norma no tiene en cuenta que el deber de reserva solo ampara a los servidores públicos, por lo que solo estos pueden ser sujetos de sanciones penales como consecuencia del incumplimiento del mencionado deber. Por tanto, sancionar a los particulares resulta desproporcionado, y por esto violatorio del derecho a la libertad de expresión. Esta inconstitucionalidad no es reparada por la disposición del artículo 33 que establece que el deber de reserva no cobija a los periodistas ni a los medios de comunicación *"cuando ejerzan su función periodística de control del poder público"*, puesto que, como ya se mencionó, el deber de reserva no cobija a *ningún particular*, independiente de su calidad. Además, es claro que los periodistas y los medios de comunicación no son los únicos que pueden ejercer funciones de control a los servicios de inteligencia, ya que cualquier particular interesado en los asuntos públicos tiene ese mismo derecho, por lo que también merece protección constitucional, que en este caso concreto se traduce en la tranquilidad de saber que no será sometido a represalias penales por el legítimo ejercicio de un derecho.

Tampoco cabe argumentar que el artículo 45 no es inconstitucional por señalar que se excluye de sanción aquella revelación de la información que se haga *"en cumplimiento de un deber constitucional o legal"*. Esta disposición es poco clara, pues desconoce que la simple divulgación de información es en sí misma el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, dejando libre al intérprete de la norma definir entonces cuáles revelaciones de información sí son un cumplimiento de un deber constitucional o legal, y cuáles no lo son. La penalización del legítimo ejercicio de la libertad de expresión podría conducir a dos consecuencias desfavorables para la vigencia efectiva de este derecho: uno, que personas que legítimamente ejercen su derecho a la libertad de expresión revelando un documento reservado fueran castigadas con prisión, y dos, que la norma genere un efecto inhibidor en algunas personas, quienes podrían dejar de divulgar información de interés general, vulnerando de esta forma el derecho de acceso a la información y debilitando el debate democrático. Por estas razones, solicitaremos a la Corte que declare la inconstitucionalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, por violar el derecho a la libertad de expresión.

En tercer lugar, argumentaremos que al aprobar el **artículo 54** del proyecto de ley estatutaria el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa que viola el derecho a la intimidad (artículo 15 de la CP). Este artículo dispone que las operadoras de telecomunicaciones están obligadas a entregar a las entidades de inteligencia y contrainteligencia determinada información que, pese a interferir con el derecho a la intimidad, no estarían sujetas a control judicial, como sí lo están las interceptaciones de

comunicaciones. Tal información es la siguiente: el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, la localización de las celdas en las que se encuentran las terminales, y cualquier otra información que contribuya a su localización. Esta disposición hace una distinción injustificada entre la interceptación de comunicaciones, la cual condiciona a un control judicial, y otra información relacionada con las comunicaciones personales, cuya realización no está sujeta a control judicial. Esta distinción es injustificada pues desconoce que el derecho a la intimidad no solo protege el contenido de las comunicaciones telefónicas, sino otros datos relacionados con ellas, como por ejemplo el historial de llamadas. Por tanto, estos y aquellas deberían estar sujetos a control judicial. Al no haberse dispuesto así, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa que debería ser reparada por la Corte Constitucional, extendiendo el control judicial a la información que, según el artículo 54 del proyecto, debe ser entregada a los servicios de inteligencia y contrainteligencia.

Por último, la autorización legal contenida en el **artículo 39** del proyecto de ley estatutaria constituye un obstáculo para la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (artículos 2, 29, 93 y 229 de la CP), por lo que consideramos que debe ser declarado inconstitucional. Dicho artículo establece que los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia están exonerados del deber de denuncia y no podrán ser obligados a declarar. Esta exoneración no aplica respecto de información relacionada con la presunta comisión de genocidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, violencia sexual masiva, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra por parte de un servidor público.

Para justificar nuestra pretensión de inconstitucionalidad de este artículo, afirmaremos que existe entre el deber de denuncia y la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación una relación de colaboración, de acuerdo con la cual el efectivo cumplimiento de la primera facilita y promueve el respeto y garantía de los segundos. Por ello, es válido afirmar que si se prescinde del mencionado deber de denuncia se privará a las autoridades estatales, y específicamente a las judiciales, de una herramienta idónea para iniciar la investigación de las conductas punibles violatorias de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo cual les restará eficacia a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. La eficacia de estos derechos se verá aún más perturbada si a quienes se releva del deber de denuncia son funcionarios que realizan labores de inteligencia y contrainteligencia, quienes, por el objeto de sus funciones y, sobre todo, por las facultades extraordinarias con las que cuentan para llevarlas a cabo, están en condiciones de tener conocimiento de un mayor número de conductas punibles, por lo que el deber de denunciarlas ayudaría a combatir los altos índices de impunidad que existen en el país

Entendemos que la denuncia pública de ciertas conductas punibles de las que se tiene conocimiento en el marco de actividades secretas podría entorpecer las labores de inteligencia y contrainteligencia, pero de ello no se sigue que sea necesario exonerar a los

funcionarios de inteligencia de denunciar ante las autoridades competentes los crímenes que conozcan en su actividad. En efecto, podría optarse por alternativas diferentes que garanticen la eficacia de las labores de inteligencia, pero sin afectar de manera desproporcionada los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En este sentido, vale la pena mencionar que en otros Estados se han adoptado distintos cauces que permiten que la información se ponga en conocimiento de organismos de investigación, de tal forma que no se afecten las operaciones de inteligencia que se estén realizando. Así, por ejemplo, la legislación de algunos Estados (por ejemplo, el Reino Unido o Estados Unidos) prevé que los funcionarios de inteligencia revelen información sobre la presunta comisión de conductas punibles a organismos internos o externos que se encargarán de investigarlas, controlando la divulgación de la información. Este ejemplo muestra que existen alternativas menos lesivas para los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que protegen en igual medida el fin legítimo de asegurar la eficacia de las operaciones de inteligencia, por lo que optar por la exoneración del deber de denuncia resulta una limitación desproporcionada a los mencionados derechos.

Esta inconstitucionalidad no es reparada del todo por el hecho de enlistar una serie de delitos respecto de los cuales no aplica la exoneración del deber de denuncia y declaración, ya que no solo esta lista de delitos, sino todos en general, deben ser investigados, juzgados y sancionados. Además, incluso si se aceptara que la excepción al deber de denuncia podría permitirse respecto de delitos menos graves, en todo caso esto no se ajusta a la redacción actual del artículo 39. Este contiene algunas precisiones que amplían la exoneración al deber de denuncia y declaración a delitos graves. Es el caso de dos disposiciones: de un lado, aquella que hace referencia al delito de *"violencia sexual masiva"*, el cual exige que se presente un elemento contextual para que dicha conducta punible sí deba ser denunciada por un funcionario de inteligencia, y, de otro lado, a la comisión de *"crímenes de guerra por parte de un servidor público"*, con lo cual se afirma que solo los crímenes de guerra cometidos por ciertos sujetos deben ser denunciados, mientras que los otros no.

Tampoco se subsana la disposición del artículo 39 con base en lo establecido en su inciso tercero, según el cual los funcionarios de inteligencia podrán denunciar las actividades delictivas de las que tengan conocimiento, ya que esta disposición deja en el arbitrio de cada funcionario la potestad de denunciar o no hacerlo, y de este dependería entonces la satisfacción de los derechos de las víctimas de conductas punibles a la verdad, la justicia y la reparación.

Por último, afirmaremos que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa inconstitucional, contraria a los artículos 1, 2, 29, 229 y 250.4 de la CP, 1.1 de la CADH y 2.1 del PIDCP, al no contemplar a las graves violaciones de derechos humanos dentro de las excepciones a la exoneración al deber de denuncia previstas en el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria. Por lo tanto, debería corregir esta omisión adicionando este elemento al inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria.

Con base en lo expuesto, solicitaremos la declaratoria de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 39, por desconocer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En caso de que la Corte Constitucional desestime los argumentos que aportamos, y que en consecuencia declare que la figura de la excepción al deber de denuncia se encuentra ajustada a las normas constitucionales, solicitaremos de manera subsidiaria que se declare la inconstitucionalidad de la expresión *"masiva"* y de la expresión *"por parte de un servidor público"*, contenidas en el inciso segundo del artículo 39, con base en las consideraciones antes expuestas. Igualmente, solicitaremos que declare que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al no contemplar a las graves violaciones de derechos humanos dentro de las excepciones a la exoneración al deber de denuncia.

III. Análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria

Durante años, las actividades de inteligencia y contrainteligencia han venido funcionando sin un marco legal que establezca con precisión sus atribuciones y sus límites. La primera ley aprobada en Colombia con ese propósito, la 1288 de 2008, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional por desconocer la reserva de ley estatutaria para la regulación de los derechos fundamentales, con el argumento de que las actividades de inteligencia y contrainteligencia suponen una restricción de distintos derechos fundamentales, por lo cual deberían ser reguladas mediante una ley estatutaria. Siendo así, el proyecto de ley estatutaria que se somete a conocimiento de la Corte Constitucional pretende llenar un vacío que ha existido durante largos años.

En el presente concepto sostendremos que dicho proyecto de ley estatutaria no cumple de manera estricta con las obligaciones del Estado colombiano de respetar y garantizar la vigencia efectiva de derechos fundamentales reconocidos en la CP y en tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Para explicar nuestra afirmación, dividiremos nuestra argumentación en dos acápites. En primer lugar, analizaremos inconstitucionalidades del proyecto de ley estatutaria que lo afectan en su totalidad. Y en segundo lugar, analizaremos disposiciones concretas en las cuales identificamos aspectos que desconocen las obligaciones que los derechos humanos le imponen al Estado.

1. Razones que afectan la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria en su totalidad

En nuestra opinión, el proyecto de ley estatutaria presenta dos falencias estructurales que afectan la constitucionalidad de la totalidad de la ley, a saber: no establece una regulación completa, precisa y clara respecto del mandato, las atribuciones y los límites de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, y tampoco instituye controles independientes, adecuados y efectivos a tales actividades. Estas dos deficiencias impiden tener certeza sobre el funcionamiento correcto de los servicios de inteligencia y contrainteligencia, pues el marco legal que establece no limita de manera suficiente su actuación, ni tampoco permite verificar que en el funcionamiento de estos servicios no se

cometan excesos o arbitrariedades. Profundizaremos en estas ideas dividiendo esta sección en dos apartes, cada uno de los cuales estará dedicado a estudiar uno de los mencionados defectos estructurales.

1.1. El proyecto de ley estatutaria establece un marco legal vago e impreciso a las actividades de inteligencia

El proyecto de ley estatutaria omite regular aspectos esenciales de los servicios de inteligencia, pese a que su funcionamiento supone una restricción de distintos derechos fundamentales. Así, al otorgar un marco legal incompleto y vago a medidas que restringen derechos fundamentales, se incumple un elemento central del Estado de derecho (artículo 1 de la CP): la previsibilidad de las leyes en general, y de aquellas que restringen derechos fundamentales, en particular.

Un requisito fundamental del Estado de derecho (artículo 1 de la CP) es que los individuos puedan conocer las medidas que puedan tomar las autoridades para coartar sus derechos, y ser capaces de prever las actividades que puedan dar lugar a la aplicación de estas medidas. Para esto, es necesario que tales medidas de restricción de derechos consten en una ley, la cual debe estar redactada en términos claros y precisos, y ser accesible al público en general. Como lo han dicho varios organismos, entre ellos la Corte Constitucional al revisar la ley que regulaba las actividades de inteligencia que fue declarada inconstitucional[8], los servicios de inteligencia suponen una restricción de varios derechos fundamentales, entre ellos los derechos a la intimidad, al acceso a la información, al debido proceso y al hábeas data[9]. Por esta razón, es necesario que el funcionamiento de los servicios de inteligencia esté amparado en un marco legal.

Distintos organismos internacionales han precisado cuáles son los temas de los que debería ocuparse una ley que regule el funcionamiento de los servicios secretos. A continuación, acudiendo a pronunciamientos de distintos organismos internacionales, identificaremos algunos elementos que, en nuestra opinión, deben ser definidos por medio de ley.

Primero, uno de los elementos que debe definirse es el de los fines que se persiguen mediante los servicios de inteligencia. Así, si se señala que dichos servicios tienden a la protección de la seguridad nacional, es importante que exista una definición legal de *"seguridad nacional"*. Hacer esto es importante para garantizar que los servicios de inteligencia limiten sus actividades a la salvaguarda de los valores enunciados en la definición pública de seguridad nacional[10], evitando de esta forma que cada funcionario u

---

[8] Ley 1288 de 2009, *"Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones"*.

[9] Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2010, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[10] Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *"Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los*

organismo de inteligencia dé una interpretación particular de esta expresión. El proyecto de ley estatutaria se refiere a conceptos como *"seguridad nacional"* y *"defensa nacional"* para definir la función de los servicios de inteligencia y contrainteligencia (artículos 2 y 4 del proyecto de ley estatutaria), pero sin precisar a qué se hace referencia con estos términos. Dado que no existe una definición legal que concrete aquello que designan, los particulares no pueden prever exactamente qué es aquello que los servicios secretos deben preservar.

La ausencia de una definición legal de algunos de los elementos utilizados para definir el mandato de los servicios de inteligencia dificulta que los servicios de inteligencia rindan cuentas del desempeño de sus funciones específicas, e igualmente obstaculiza el otorgamiento de responsabilidades por arbitrariedades o excesos cometidos[11].

Además, la imprecisión en torno a conceptos como *"seguridad nacional"* y *"defensa nacional"*, que son utilizados para demarcar el objeto de los servicios de inteligencia, es especialmente sensible en contextos como el colombiano, donde existe desde hace años una lucha contra el terrorismo y contra otra serie de amenazas que, lejos de ser un tema de fácil definición, es asunto de frecuentes disputas políticas e ideológicas. Por esto, precisar estos términos cobra particular importancia, pues permite que las normas sobre inteligencia y contrainteligencia sean solamente dirigidas contra un grupo definido de sujetos y circunstancias, excluyendo interpretaciones particulares y sesgadas de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia.

Con lo anterior no pretendemos desconocer que en algunos apartes de la ley se establecen fines de las actividades de inteligencia que son claros y que permiten a los particulares prever aquellos objetivos que se pretende salvaguardar mediante las actividades de inteligencia y contrainteligencia. En el artículo 4 del proyecto de ley estatutaria se enlistan algunos que son de fácil determinación. En cambio, sobre lo que llamamos la atención tiene que ver con que algunos de los fines que precisa la ley, debido a su amplitud, debieron haber sido objeto de regulación por parte del legislador, y al no haberlo hecho se hace difícil para los individuos poder hacerse a una idea cercana al funcionamiento de las actividades de inteligencia.

Además de estos factores, la Corte Europea de Derechos Humanos ha identificado otra serie de aspectos sobre el funcionamiento de los organismos de inteligencia y contrainteligencia que, en su criterio, deberían ser regulados directamente mediante ley para permitir que los particulares pudieran conocer de las circunstancias en las que tales organismos operan. Al respecto, ha indicado que:

---

marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión", presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el 14º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010, documento A/HRC/14/46, párr. 9.

[11] Ibíd., párr. 10.

"En su jurisprudencia sobre medidas de vigilancia secreta, la Corte [Europea de Derechos Humanos] ha desarrollado las siguientes garantías mínimas que deberían ser establecidas en una ley con el fin de evitar los abusos de poder: la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a una orden de interceptación; la definición de las categorías de personas que pueden tener sus teléfonos intervenidos; el límite de duración de grabaciones telefónicas; el procedimiento a seguirse para examinar, usar y almacenar los datos obtenidos; las precauciones que deben tomarse cuando se comuniquen los datos a otras partes; y las circunstancias en las que las grabaciones pueden o deber ser borradas o las cintas destruidas"[12].

Con relación a lo anterior, una revisión del proyecto de ley estatutaria muestra que varios de estos aspectos no fueron regulados. La ley penal se ocupa del procedimiento, la duración y las circunstancias en que puede hacerse una interceptación de comunicaciones y correspondencia en el marco de una investigación judicial, pero no existe disposición específica, ni en el proyecto de ley estatutaria ni en otra norma jurídica colombiana, que determine las circunstancias en las que puede realizarse el monitoreo del espectro electromagnético en el marco de actividades de inteligencia, ni tampoco se señala, por ejemplo, respecto de quiénes y en qué circunstancia se puede pedir a las empresas de telecomunicaciones (i) el historial de comunicaciones de las personas que son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia, (ii) los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recaen las operaciones, (iii) la localización de las celdas en que se encuentran las terminales, y (iv) cualquier otra información que contribuya a la localización.

Además, hay otros aspectos que no están regulados en la legislación colombiana y que son propios del funcionamiento de los servicios de inteligencia, como la manipulación de la información recolectada, su almacenamiento, su divulgación a otros organismos, y la conservación y destrucción de datos almacenados. Sobre estos aspectos propios del funcionamiento de los servicios de inteligencia el proyecto de ley estatutaria es poco lo que dice. Por ejemplo, con relación a la divulgación de la información, dice tan solo que la Junta de Inteligencia Conjunta se encargará de elaborar protocolos de intercambio de información (artículo 13 del proyecto de ley estatutaria), y que los organismos de inteligencia que compartan información con organismos homólogos deben adoptar protocolos de seguridad de la información (artículo 11 del proyecto de ley), desconociendo que las medidas que restrinjan derechos humanos, como el intercambio de información, deben constar en normas públicas, y no en reglamentos administrativos que no tienen sustento en una ley accesible y clara.

También hay otros aspectos del proyecto de ley estatutaria cuya regulación es encargada a organismos administrativos, pese a su alto grado de incidencia en el ejercicio de distintos

[12] European Court of Human Rights, *Case of Kennedy v. The United Kingdom*, application no. 26839/05, Judgment, 18 de mayo de 2010, párr. 95.

derechos humanos. Se trata de los artículos 11, 30 y 37 del proyecto de ley estatutaria, que inciden en el disfrute de los derechos al hábeas data y al acceso a la información. De estos artículos nos ocuparemos con más detalle en el apartado 2.1.

Con lo anterior hemos querido mostrar que la ley de inteligencia y contrainteligencia deja de regular, o regula parcialmente, aspectos esenciales de los servicios secretos que deberían constar en una ley de la república con el fin de que sean accesibles a los individuos. Como hay varios aspectos del funcionamiento de los servicios secretos que no son abordados por el proyecto de ley estatutaria, este conjunto de normas no permiten a los individuos prever las circunstancias en las que sus derechos fundamentales podrán ser limitados. Esto quiere decir que, de entrar en vigor el proyecto de ley estatutaria tal como fue aprobado en el Congreso, los organismos de inteligencia estarían habilitados a limitar derechos fundamentales de los individuos en circunstancias no plenamente conocidas por estos. Esta situación, en nuestra opinión, es contraria a uno de los pilares básicos del Estado de derecho (artículo 1 de la CP): aquel que ordena que las medidas que puedan restringir los derechos fundamentales de las personas sean conocidas por los particulares, así como las actuaciones que darían lugar a ellas, con el fin de que los particulares puedan adecuar su comportamiento con base en esta información. Debido a esto, consideramos que no sería acorde con la CP permitir que entre en vigor una ley que da un marco legal a medidas que restringen derechos humanos sin describir con claridad las condiciones en las que tales medidas tendrían lugar. Consideramos que lo procedente en este caso es declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley estatutaria, pues ya en ocasiones anteriores la Corte ha dispuesto que la inconstitucionalidad de un aspecto estructural de determinada institución legal podría afectar la constitucionalidad de la totalidad de dicha institución[13].

Las imprecisiones legales y la ausencia de controles adecuados, independientes y efectivos hacen inconstitucional el proyecto de ley estatutaria tal como fue aprobado por el Congreso, pues se trata de aspectos estructurales del proyecto de ley estatutaria. Dado que estos dos defectos estructurales del proyecto son consecuencia de la ausencia de regulación legal, consideramos que no es posible corregirlos en la sentencia que revise el proyecto de ley estatutaria. Así mismo, como no se trata de vicios de procedimiento sino de aspectos sustanciales, no es posible devolver el texto al Congreso para que este subsane sus defectos de inconstitucionalidad. La única alternativa es, entonces, que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley estatutaria, la cual puede ser diferida por un tiempo prudencial, pues dejar sin piso legal las actividades de inteligencia podría dar lugar a situaciones aún más preocupantes desde el punto de vista del respeto de las normas constitucionales. Ahora bien, dado que declarar la inexequibilidad total de este proyecto de ley estatutaria implicaría que las actividades de inteligencia y contrainteligencia quedarían sin marco legal, esta decisión podría dar lugar a una situación más grave desde un punto de vista constitucional que si se permitiera que el proyecto de ley

[13] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-879 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

estatutaria, aun a pesar de sus defectos estructurales, pudiera regir temporalmente, mientras el Congreso aprueba una nueva ley que sí tenga en cuenta lo que esta omitió. . Para conjurar esa eventualidad, la Corte Constitucional podría optar por diferir su decisión de inconstitucionalidad durante un tiempo breve y prudencial.

1.2. El proyecto de ley estatutaria no establece controles adecuados, independientes y efectivos a las actividades de inteligencia

Los servicios de inteligencia y contrainteligencia, por su carácter secreto, plantean un especial riesgo para la vigencia de los derechos humanos. Por esto, es deber de los Estados diseñar mecanismos adecuados, independientes y eficaces para controlarlos. El proyecto de ley estatutaria no cumple plenamente este deber, por lo cual se infringen distintas normas constitucionales (artículos 1, 2, 113 y 121 de la CP).

Tanto la Corte Constitucional colombiana como la jurisprudencia de distintos tribunales y órganos internacionales de derechos humanos han sostenido de manera unánime que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos imponen a los Estados el deber de diseñar mecanismos que sirvan para controlar la actividad de los poderes públicos en general, y la de los organismos de inteligencia y contrainteligencia en particular. Todos estos órganos han expuesto poderosas razones por las cuales es necesario que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se sometan a control. Si el deber específico de establecer controles a la actividad de inteligencia no es satisfecho por los Estados se desconocerán distintas normas internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como algunas normas de la CP.

Las razones que tribunales nacionales e internacionales han esgrimido para llegar a esta conclusión son básicamente dos. La primera, que el secreto que suele cobijar las operaciones de las entidades de inteligencia y contrainteligencia hace que se debilite el escrutinio público que generalmente se ejerce frente a los organismos del Estado, lo cual a su vez abre un reducto para que las entidades de inteligencia se desvíen de sus funciones y actúen de manera arbitraria. En la medida en que las actividades que realizan estas entidades no están sujetas a la observación y eventual denuncia de los ciudadanos, es necesario suplir esta deficiencia con vigorosos controles institucionales. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que

> *"Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan estas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones a los derechos humanos y de ilícitos penales"* [14].

[14] Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 284. En similar sentido, European Court on Human Rights, *Case of the Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, Application no. 62540/00*, judgment, 28 de junio de 2007, párr. 77.

La segunda razón que justifica que existan controles es que los servicios de inteligencia suelen estar revestidos de atribuciones amplias (como las de interceptar comunicaciones telefónicas e interferir con la propiedad privada), que pueden claramente limitar el ejercicio de distintos derechos fundamentales (como la propiedad privada, la vida privada y el derecho a la información), por lo que deben ser controlados con el fin de evitar vulneraciones a dichos derechos. Esta segunda razón lo que pretende, en últimas, es salvaguardar la vigencia plena del Estado de derecho, que exige que todos los órganos estatales, incluso los que prestan funciones de inteligencia y contrainteligencia, se sometan a todas las normas del ordenamiento jurídico, y especialmente a aquellas que consagran derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien es válido e importante que se realicen labores de inteligencia y contrainteligencia, estas no pueden ser ejercidas de manera absoluta e ilimitada, sino que es necesario que se sujeten a estrictos límites con el propósito de evitar que dichas entidades actúen de manera arbitraria[15]. El deber de establecer controles vigorosos a las labores a las que nos venimos refiriendo adquiere un carácter de mayor relevancia en contextos como el colombiano, donde los servicios de inteligencia han estado inadecuadamente controlados, pues en dichos contextos existe un mayor riesgo de abuso de poder y violaciones a los derechos humanos[16].

Por su parte, de lo dicho por la doctrina puede extraerse una tercera razón para justificar que se exija una vigilancia estricta a los servicios de inteligencia y contrainteligencia. En este sentido, se ha puesto de presente que estos servicios se encargan de recolectar y analizar información sobre posibles amenazas a la seguridad nacional y de valorarla. Dicha valoración constituye el punto de partida para que otras agencias de seguridad de un Estado (las fuerzas militares) definan y prioricen las amenazas a las que se hará frente, sobre lo cual es necesario que exista un control, para que las amenazas no sean manipuladas y no se persigan acciones legítimas en un Estado democrático (como, p. ej., la oposición política, el control de la sociedad civil al Gobierno, entre otras)[17].

Las dos razones expuestas por la jurisprudencia, a las que se le suma la sostenida por la doctrina, conducen a concluir que es una obligación inexorable del Estado establecer controles rigurosos a la actividad de inteligencia y contrainteligencia. Todas ellas permiten afirmar que la seguridad nacional (que es la que sirve de base a las actividades de inteligencia y contrainteligencia) no debería ser invocada como un pretexto para abandonar el compromiso con el Estado de derecho, incluso en situaciones extremas. Por el contrario,

---

[15] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencias T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-1011 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[16] Tan solo a modo de ilustración, para reforzar la anterior afirmación valga citar la Recomendación 4202, punto 2, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, donde se señaló que *"donde los servicios de seguridad interna son a menudo inadecuadamente controlados, hay un lato riesgo de abuso de poder y de violaciones a los derechos humanos"*.

[17] Born Hans y Leigh Ian, *Making Intelligence Accountable: Legal Standards and Best Practices for Oversight of Intelligence Agencies*, Genève Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Norwegian Parliamentary Oversight Committee y Human Rights Centre – Department of Law of the University of Durham, Oslo, 2005, p. 17.

los poderes excepcionales de los que están dotados los servicios secretos deben estar sujetos a un sistema de controles establecido mediante ley[18].

Ahora bien, instaurar cualquier control no será suficiente para satisfacer el deber de vigilar y examinar las actuaciones de las entidades de inteligencia y contrainteligencia. Por el contrario, es necesario que se adopten controles **independientes**, **efectivos** y **adecuados**, pues solo de esta forma se podrá realizar una verdadera inspección a dichas entidades que tenga el efecto de reducir las eventuales arbitrariedades y evitar que con ocasión de estas labores se desconozcan derechos humanos. En este sentido se han pronunciado, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el señor Martin Scheinin.

Por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *"[el] control independiente […] es necesario para garantizar que las fuerzas de seguridad han actuado dentro de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos adecuados en recabar la información de inteligencia"* [19]. Por otro lado, la Corte Europea ha dicho que *"en vista del riesgo que plantea un servicio de seguimiento secreto para la protección de la seguridad nacional de debilitar o incluso destruir la democracia con el motivo de defenderla, el Tribunal deberá cerciorarse de que existan garantías adecuadas y efectivas contra su abuso"* [20].

En similar sentido, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, señor Martin Scheinin, ha planteado que:

> *"Se deben establecer **mandatos de supervisión estrictos e independientes** para examinar las políticas y prácticas a fin de garantizar la existencia de una rigurosa supervisión del uso de técnicas intrusivas de vigilancia y del procesamiento de la información personal. Por consiguiente no debe haber ningún sistema secreto de vigilancia que no se encuentre sometido al examen de un **órgano de supervisión efectivo** y todas las injerencias deben ser autorizadas por un órgano independiente"*[21] (negrillas fuera del texto original).

En primer lugar, la **independencia** de los controles a la actividad de inteligencia y contrainteligencia exige que estos tengan la capacidad de adoptar decisiones libres de

---

[18] Ibíd.

[19] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Sev.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 59.

[20] European Court on Human Rights, *Case of Leander v. Sweden, Application no. 9248/81*, judgment, 26 de marzo de 1987, párr. 60. El texto original es el siguiente: *"60. Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse"*.

[21] *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin*, Documento de las Naciones Unidas A/HCR/13/37 de 28 de diciembre de 2009, párrafo 62.

presión de los demás órganos estatales, y en especial de los órganos del Poder Ejecutivo, que es el encargado de realizar este tipo de labores. En segundo lugar, que los controles sean **adecuados** debe entenderse en el sentido de que ellos deben ser idóneos para evaluar las actividades de inteligencia y contrainteligencia, de tal manera que se verifique que estas se realizan dentro del marco constitucional, legal y reglamentario que regula su actuación. Por último, la **eficacia** de los controles debe ser leída en el sentido de que ellos deben ser capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos, esto es, ejercer un control real a las actividades de inteligencia[22].

Si los controles a las actividades de inteligencia y contrainteligencia no son establecidos con las características descritas antes, se violan distintas normas de rango constitucional, como las siguientes: el artículo 1º, que señala como características del Estado colombiano el ser democrático y participativo, de lo cual se desprende el deber de las entidades públicas de actuar en el marco de la ley y de establecer controles para verificar que esto sea así; el artículo 2, que establece que uno de los fines del Estado es el de promover la eficacia de los principios, derechos y deberes consagrados en la CP; el artículo 113, que establece como deber de las ramas y órganos estatales el de colaborar en el cumplimiento de los fines del Estado, siendo uno de ellos (y el principal) el respeto y la garantía de los derechos fundamentales; y el artículo 121, que afirma que los funcionarios públicos no podrán ejercer funciones distintas a las que expresamente les atribuye la ley, por lo que la falta de control sobre la legalidad de las actuaciones puede llevar a que este precepto no sea aplicado en la práctica. Además, la ausencia de controles cualificados vulneraría los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y el artículo 2 del PIDCP, que consagran las obligaciones genéricas de respeto y garantía a los derechos humanos, así como la obligación jurídica internacional de adoptar legislación interna que respete los preceptos que se desprenden de esos tratados.

Con base en lo anterior se llega a dos conclusiones importantes para el presente análisis de constitucionalidad. En primer lugar, que los servicios de inteligencia y contrainteligencia deben estar sometidos a controles que verifiquen que su actuación se enmarca en el respeto a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que les sirven de base. Y en segundo lugar, que el deber de controlar tales actividades no se satisface por el hecho de establecer cualquier clase de supervisión, sino que es necesario que los controles diseñados sean independientes, adecuados y eficaces, ya que de lo contrario se desconocerán distintas normas de rango constitucional. Según se mostrará en el siguiente apartado, los controles que establece el proyecto de ley estatutaria no tienen las características mencionadas, por lo que se desconocen las normas de la CP y del bloque de constitucionalidad que obligan a controlar con rigor las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

---

[22] Sobre los conceptos de adecuación y eficacia *cfr., mutatis mutandi*, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64.

Así, aun cuando es importante que se establezcan controles internos a las actividades de inteligencia, en todo caso es necesario que se diseñe un mecanismo de control que sea plenamente independiente del ejecutivo, dotado de las facultades necesarias para supervisar de manera adecuada y eficaz a los servicios de inteligencia y contrainteligencia. El proyecto de ley estatutaria, de manera acertada, prevé un mecanismo similar: la Comisión legal de seguimiento a las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Este mecanismo tiene tres funciones: hacer control y seguimiento político, verificar el uso eficiente de los recursos y comprobar la legalidad de las actuaciones de los servicios de inteligencia (artículo 20 del proyecto de ley estatutaria). Ahora, a pesar de que el eficaz cumplimiento de estas funciones le exigiría a la Comisión legal de seguimiento a las actividades de inteligencia y contrainteligencia tener un acceso directo al funcionamiento de los servicios de inteligencia, las facultades que se le reconocen a la Comisión legal se orientan hacia la revisión del funcionamiento de los mecanismos de control de las actividades de inteligencia. Así, el parágrafo primero del artículo 22 señala que la Comisión legal podrá reunirse con la Junta de Inteligencia Conjunta, conocer los informes anuales de los inspectores, requerir información adicional a los inspectores y a las oficinas de control interno, citar a los jefes y directores de los organismos de inteligencia y conocer los objetivos nacionales de inteligencia trazados en el Plan Nacional de Inteligencia. Así, para poder verificar la legalidad de las actuaciones de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, la Comisión legal tendrá que limitarse a juzgar a partir de la información que esos mismos organismos le provean, lo cual es especialmente grave tratándose de actividades secretas, pues quienes las realizan pueden escudarse en la confidencialidad de la información para no revelar sus conductas. Por esto, para ser realmente eficaz, la Comisión legal debería tener acceso a información que no necesariamente sea entregada por los mismos organismos a los que se pretende controlar, como sería el caso de información entregada por miembros de la sociedad civil, o el de aquella información que obtenga la Comisión directamente, mediante la realización de investigaciones iniciadas *motu proprio*. En este sentido, conviene mencionar que en distintas legislaciones el mecanismo de control parlamentario puede iniciar investigaciones por iniciativa propia, pedir el acceso a cualquier información de inteligencia –y no solo a aquella entregada por los mecanismos de control internos–, citar a cualquier funcionario de inteligencia y contrainteligencia, y no solo a los jefes o inspectores[23].

En resumen, si bien el proyecto de ley propone la creación de un mecanismo parlamentario de control del funcionamiento de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, las facultades que se le otorgan son insuficientes para que este mecanismo de control pueda desarrollar sus actividades con eficacia, es decir, que pueda realmente analizar la eficiencia

[23] Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *"Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión"*, presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el 14º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010, documento A/HRC/14/46, párrs. 13 y 14.

y legalidad de los servicios de inteligencia. Sumado a lo anterior, conviene mencionar que otra vía importante de control de estos servicios, el control que puede ser ejercido por todos los individuos, es fuertemente maniatado por el artículo 45 del proyecto de ley, que sanciona con prisión la revelación de información reservada (profundizaremos sobre este aspecto en el acápite 2.2.2, *infra*). Por lo anterior, creemos que no existe en dicho proyecto de ley ningún mecanismo independiente que pueda controlar de manera adecuada y eficaz las labores de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. En nuestro criterio, según lo explicamos antes, esto es contrario a la CP (artículos 1, 2, 113 y 121) y a tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículos 1.1 y 2 de la CADH, y 2.1 del PIDCP).

Los argumentos expuestos en el anterior acápite respecto de la decisión que debería adoptar la Corte frente a la ausencia de legislación sobre aspectos básicos del funcionamiento de los servicios de inteligencia son aplicables en el presente asunto. Por tanto, solicitaremos a la Corte Constitucional que declare que el proyecto de ley estatutaria es inconstitucional, por cuanto omite regular un aspecto fundamental relacionado con las actividades de inteligencia y contrainteligencia: establecer un control independiente, adecuado y eficaz que pueda controlar tales actividades. No obstante, la declaratoria de inconstitucionalidad debería diferirse por un término prudencial, con el fin de que las actividades de inteligencia no queden sin ningún fundamento legal mientras el Congreso discute una nueva ley que sí incorpore los elementos que fueron omitidos por la regulación estudiada.

2. Inconstitucionalidad de disposiciones específicas del proyecto de ley estatutaria

En el apartado anterior identificamos dos omisiones por las cuales consideramos que el proyecto de ley estatutaria no constituye una garantía efectiva para el disfrute de los derechos fundamentales de las personas. Al tratarse de omisiones respecto de asuntos estructurales del proyecto de ley estatutaria, deberían dar lugar a la inconstitucionalidad de la totalidad de la norma, en los términos que planteamos antes (*supra*, acápite 1 de la presente sección). En este apartado expondremos que, además de las omisiones ya explicadas, también identificamos algunas disposiciones concretas que son contrarias a derechos fundamentales, por lo que deberían ser declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional. Se trata de disposiciones que desconocen alguna de las siguientes reglas constitucionales: la que establece la reserva legal como única vía válida para limitar de derechos fundamentales (artículos 1, 3, 114 y 150 de la CP); la que consagra el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información (artículo 20 de la CP); la que consagra el derecho a la intimidad (artículo 15 de la CP), y aquellas de las que se derivan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (artículos 1, 2, 29, 93, 229 y 250.4 de la CP).

Con el fin de exponer los argumentos que respaldan nuestras afirmaciones, dividiremos esta sección en cuatro acápites, cada uno de ellos dedicado a estudiar las reglas constitucionales ya expuestas. En cada uno de estos acápites primero nos referiremos al sentido y alcance de cada una de estas reglas, para luego compararlo con el contenido de la disposición que

analizamos, con el fin de demostrar que existe una contradicción entre el contenido de las normas constitucionales mencionadas y algunas disposiciones del proyecto de ley estatutaria.

2.1. Vulneración del deber de establecer mediante ley las restricciones a los derechos fundamentales

En nuestra opinión, existen dos disposiciones que habilitan a autoridades del ejecutivo a regular materias respecto de las cuales existe reserva de ley. Se trata, por un lado, del artículo 37 del proyecto de ley estatutaria, según el cual el Gobierno nacional definirá los niveles de clasificación de la información y diseñará un sistema para los niveles de acceso a esta por parte de los servidores públicos. El otro artículo es el 11 del proyecto de ley estatutaria, que señala que los organismos de inteligencia podrán cooperar con sus homólogos de otros países, para lo cual establecerán protocolos de seguridad de la información. Ambos asuntos están relacionados con los derechos fundamentales a la información (artículo 20 de la CP), al hábeas data y a la intimidad (artículo 15 de la CP), por lo cual están reservados a la ley, y cualquier habilitación a otros organismos distintos al Congreso para regularlos es inconstitucional.

Es evidente que un requisito indispensable para formular un cargo de inconstitucionalidad por violación de la reserva de ley es el de identificar con claridad por qué la materia regulada por la norma demandada se encuentra amparada por dicha reserva. Por esto, iniciaremos nuestro cargo señalando por qué la regulación básica de los derechos fundamentales es un asunto reservado a la ley. Luego mostraremos por qué los artículos 37 y 11 habilitan una regulación de aspectos básicos de los derechos fundamentales, desconociendo la reserva legal que existe sobre este asunto.

2.1.1. La regulación básica de los derechos fundamentales como asunto reservado a la ley

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, el desarrollo de los derechos fundamentales es atribución exclusiva del legislador, por lo menos en cuanto a definir su contenido esencial. En términos de la Corte, la reserva de ley frente a derechos fundamentales hace referencia a *"la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley"*[24]. Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado que si bien no todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos fundamentales deben ser abordados por la ley, sí ha precisado que por lo menos su regulación básica es un asunto que le compete exclusivamente al legislador. En este sentido, ha indicado que *"[s]ólo en*

[24] Corte Constitucional, sentencia C-1262 de 2005, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales" [25].

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales impone un límite a la actividad de reglamentación de las normas que les corresponde ejercer a las demás autoridades del poder, y principalmente al ejecutivo. En efecto, el Poder Ejecutivo no puede reglamentar una materia respecto de la cual el Legislativo no haya expedido (cuando menos) una *"regulación básica"*, ya que la expedición de este tipo de regulación es una condición necesaria para que el Ejecutivo pueda actuar en la materia por medio de normas infralegales. En este sentido, y teniendo en cuenta que *"la potestad reglamentaria del Presidente encontrará un límite infranqueable en aquello que la Constitución ha guardado para ser desarrollado por normas con fuerza de ley"* [26], la facultad de creación normativa del Ejecutivo solo se activa cuando el Congreso se haya ocupado de regular los aspectos principales de los derechos fundamentales.

2.1.2. Los niveles de clasificación y acceso a la información son materia de reserva legal

En este apartado demostraremos por qué es inconstitucional habilitar al Gobierno nacional para regular los niveles de clasificación de la información reservada, así como las condiciones de acceso a ella. Esta afirmación se basa en los siguientes argumentos.

Primero, las restricciones del derecho a la información tienen reserva legal, de acuerdo con los artículos 13 y 30 de la CADH y 19.2 del PIDCP. Además, la CP establece una regla más específica relacionada con la información pública, de acuerdo con la cual *"[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley"* (artículo 74). Dado que la información de inteligencia es almacenada por organismos del Estado, su publicidad solo puede ser limitada mediante una ley de la república, que defina el alcance y las condiciones de la reserva.

La Corte Constitucional ha identificado elementos de forma y de fondo de los que debe ocuparse la ley que establezca restricciones al acceso a la información pública. Respecto de los elementos de forma, ha dicho que la ley debe ser clara y precisa en su redacción, para poder tener certeza sobre el alcance de las limitaciones al acceso a la información. Y respecto de los elementos de fondo, ha dicho que debe ocuparse de las siguientes materias: el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales la reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla, y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones reservadas[27].

---

[25] Corte Constitucional, sentencia C-1262 de 2005, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
[26] Corte Constitucional, sentencia C-894 de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
[27] Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Algunos de estos elementos que, según la Corte, deben ser abordados por la ley que limite el derecho de acceso a los documentos públicos están siendo entregados por el artículo 37 del proyecto de ley estatutaria para regulación del Gobierno nacional. Así, dicho artículo establece que el Gobierno establecerá los niveles de clasificación de la información, lo cual implica valorar el tipo de información sometida a reserva para asignarle un término de reserva. Esta facultad del Gobierno es aún más amplia si se tienen en cuenta las pocas definiciones introducidas por el proyecto de ley estatutaria, que puedan servir de referente objetivo al Gobierno para establecer la clasificación de la información. Por ejemplo, si el proyecto de ley estatutaria definiera con más precisión conceptos como *"seguridad nacional"* o *"defensa nacional"*, esto restringiría la facultad del Gobierno al valorar qué información plantea una amenaza mayor o menor a la seguridad y a la defensa. Pero como el proyecto de ley estatutaria guarda total silencio al respecto, es mayor el margen de apreciación del Gobierno nacional para determinar el alcance de la reserva sobre la información.

Igualmente, el artículo 37 faculta al Gobierno para definir el nivel de acceso de los servidores públicos a la información, con lo cual se ocupa de definir una de las formas de control de la información, asunto que también debería ser materia de regulación legal.

Segundo, normalmente los servicios de inteligencia y contrainteligencia recogen y almacenan información personal en bases de datos, con lo cual suponen una restricción del derecho de autodeterminación informativa (artículo 15 de la CP), que es aquel que tiene toda persona de buscar, actualizar y corregir la información personal que se encuentre contenida en bases de datos. Las bases de datos personales son el ámbito material que enmarca el ejercicio del derecho al hábeas data, de tal forma que el objeto de este derecho se conforma por una serie de elementos relacionados con dichas bases, de los cuales se destacan los siguientes tres: las regulaciones internas de las entidades que administran datos; los mecanismos de recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales; los sujetos que interactúan con las entidades que administran bases de datos[28].

Según lo anterior, la seguridad de los datos personales almacenados en bases de datos es un asunto central del derecho al hábeas data, que debería ser, por lo tanto, regulado por medio de ley. No obstante lo anterior, el artículo 37 del proyecto de ley estatutaria entrega al Gobierno nacional la regulación de asuntos relacionados con la seguridad de los datos, al permitirle establecer los niveles de acceso a ellos por parte de servidores públicos. Igualmente, lo faculta para determinar los sujetos que podrán tener acceso a información personal, al señalar qué servidores públicos podrán conocerlos y qué otros no, así como las condiciones en las que lo harán. Este otro asunto también es un elemento que guarda relación estrecha con el derecho al hábeas data, en la medida en que se relaciona con la forma de divulgación de los datos personales.

[28] Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Llynet.

Con base en lo anterior, creemos que el artículo 37 del proyecto de ley estatutaria faculta al Gobierno nacional para ocuparse de asuntos centrales de los derechos a la información y al hábeas data, que deberían haber sido regulados mediante ley. Al eludir la reserva legal que existe sobre estos asuntos, el artículo 37 del proyecto de ley estatutaria debe ser declarado inconstitucional, pues desconoce los artículos 15, 20 y 74 de la CP, 13 y 30 de la CADH y 19.2 del PIDCP.

Cabe aclarar que al afirmar esto no estamos suponiendo que todos los asuntos relacionados con la información reservada deban necesariamente ser abordados mediante ley de la república, sino tan solo llamando la atención sobre lo dispuesto por la Corte Constitucional: que de la regulación *básica* de los derechos fundamentales debe ocuparse exclusivamente el Congreso. Cuando este lo haya hecho, el Gobierno nacional podrá precisar, con base en los lineamientos trazados por la ley, situaciones más particulares en las que se defina el alcance de los derechos fundamentales. Mientras ello no suceda, al Gobierno nacional le queda vedado ocuparse de estos asuntos, pues sería desconocer la reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

2.1.3. Los criterios y las condiciones de la depuración de datos personales son asunto de regulación legal

El artículo 30 del proyecto de ley estatutaria regula dos temas relacionados con la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. De un lado, dispone la creación de la Comisión asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, estableciendo su composición, su término de vigencia y su función, que es la de emitir recomendaciones al Gobierno nacional sobre los criterios de permanencia y retiro de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, así como acerca del destino de los datos y archivos que sean retirados. Para esto, pretende orientar el trabajo de la Comisión al enlistar una serie de *"consideraciones"* que debe tener en cuenta, tales como la seguridad nacional, los derechos al buen nombre, la honra y el debido proceso, el deber de garantizar la memoria histórica, entre otros. De otro lado, en los incisos 3 y 4, el artículo 30 del proyecto de ley estatutaria señala que el Gobierno nacional pondrá en marcha un sistema nacional de depuración de datos y archivos, orientado por las recomendaciones de la Comisión asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. En nuestra opinión, la depuración de datos personales contenidos en bases de datos de inteligencia y contrainteligencia es un tema que debe ser regulado directamente por la ley, por lo menos en cuanto a sus elementos esenciales. Por esto, al regular el artículo 30 del proyecto de ley estatutaria aspectos sobre la depuración sin existir un marco legal claro y preciso, desconoce la reserva de ley en materia del derecho al hábeas data (artículo 15 de la CP, artículo 30 de la CADH y artículo 17 del PIDCP).

Para justificar lo anterior, es preciso recordar que las bases de datos personales son el ámbito material que enmarca el ejercicio del derecho al hábeas data, de tal forma que el

objeto de este derecho se conforma por una serie de elementos relacionados con dichas bases, de los cuales se destacan los siguientes tres: las regulaciones internas de las entidades que administran datos; los mecanismos de recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales; y los sujetos que interactúan con las entidades que administran bases de datos[29]. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe recalcar que uno de los aspectos que conforman el contexto material del derecho al hábeas data es la administración de las bases de datos, la cual ha sido entendida como *"prácticas que las entidades públicas o privadas adelantan con el fin de* ***conformar, organizar y depurar bases de datos personales****, así como la divulgación de estos últimos en un contexto claramente delimitado y con sujeción a ciertos principios"* [30](negrilla y subrayado fuera de texto).

Lo anterior nos permite llegar a dos conclusiones relevantes para nuestra argumentación: primero, que la administración de datos define parcialmente el contexto en el cual se ejerce el derecho al hábeas data, y segundo, que la regulación de los criterios de actualización y depuración de datos hace parte de la administración de datos. Esto pone de relieve la estrecha relación existente entre el establecimiento de criterios de actualización y depuración de información personal contenida en bases de datos, por un lado, y el ejercicio del derecho al hábeas data, por otro lado. Lo anterior lleva a la conclusión que la definición de los criterios de actualización y depuración de información personal contenida en bases de datos es un aspecto inherente al derecho a la autodeterminación informativa, por lo que debe ser tramitado por el legislador directamente, sin poder delegar esta competencia en otra entidad (artículo 15 de la CP, artículo 30 de la CADH y artículo 17 del PIDCP). Por esto, es inconstitucional el establecimiento de una Comisión asesora para la depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia, que podrá emitir recomendaciones que orientarán el sistema nacional de depuración de datos y archivos de inteligencia y contrainteligencia. Esto se debe a que le corresponde a la ley definir los criterios de permanencia y retiro de datos personales en archivos de inteligencia, y es esta, y no las recomendaciones de otro organismo, la que debe establecer las directrices que deben orientar la depuración de datos.

2.1.4. Los protocolos de seguridad de la información personal son asunto de regulación legal

El artículo 11 del proyecto de ley estatutaria habilita a los organismos de inteligencia y contrainteligencia a cooperar con sus homólogos de otros países, para lo cual deberán establecer protocolos de seguridad necesarios para garantizar la seguridad y reserva de la información. Señala el artículo 11 que dichos protocolos de seguridad deberán elaborarse con base en las disposiciones del proyecto de ley estatutaria. Sin embargo, no existen en el proyecto de ley estatutaria lineamientos específicamente relacionados con la cooperación

[29] Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Llynet.
[30] Ibíd.

con organismos de inteligencia extranjeros, por lo que se entiende que los protocolos de seguridad serán definidos por los organismos de inteligencia y contrainteligencia nacionales. A nuestro juicio, dejar que los organismos de inteligencia y contrainteligencia nacionales sean los que definan las condiciones de seguridad de la información de inteligencia que podrá compartirse con organismos de inteligencia extranjeros desconoce la reserva de ley que existe para la regulación básica del derecho al hábeas data.

El régimen jurídico del derecho al hábeas data comprende una serie principios y directrices relacionados con el funcionamiento de bases de datos. Como mencionamos antes, uno de los temas que define el alcance del derecho al hábeas data es el de los mecanismos de recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales. Esto es así por cuanto de la configuración de las bases de datos depende la posibilidad de definir *"el ámbito de aplicación de las reglas y principios que integran el objeto del* hábeas data *como régimen jurídico"*[31]. El artículo 11 del proyecto de ley estatutaria señala que los organismos de inteligencia podrán cooperar con organismos de inteligencia de otros países, lo que implica compartir información personal recopilada en el marco de actividades de inteligencia y contrainteligencia. Es decir, faculta a los organismos de inteligencia a que definan, mediante protocolos de seguridad, las condiciones de seguridad de la información reservada que se podrá compartir, así como los sujetos facultados para recibir información. En otras palabras, permite que los organismos de inteligencia definan normas sobre divulgación y seguridad de información personal, afectando el derecho al hábeas data.

No obstante, pese a que aspectos relacionados con el contenido del derecho al hábeas data son regulados, el legislador delegó su competencia de regularlo. Por ejemplo, información esencial relacionada con la cooperación internacional, como por ejemplo el señalamiento de criterios respecto de los fines admisibles del intercambio de información, las entidades con las que puede intercambiarse y las salvaguardias de procedimiento aplicables a estos intercambios. Vale la pena resaltar que, por el grado de incidencia que tiene el intercambio de información de inteligencia en los derechos fundamentales de quienes son objeto de labores de inteligencia, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, señor Martin Scheinin, ha identificado como una buena práctica legislativa que el *"intercambio de información entre organismos de inteligencia de un mismo Estado, o con las autoridades de un Estado extranjero, se bas[e] en la legislación nacional que prevé normas bien definidas para esta operación, incluidas las condiciones que deben reunirse, las entidades con las que puede intercambiarse información y las salvaguardias aplicables a esos intercambios"*[32]. Una vez que estas materias sean establecidas por ley, ahí sí debería

[31] Upegui Mejía Juan Carlos, *Habeas data. Fundamentos, naturaleza, régimen,* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 274.

[32] Informe del señor Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *"Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por*

procederse a realizar memorandos de cooperación escritos entre los organismos involucrados en el intercambio.

Por lo anterior, al habilitar a los organismos de inteligencia para que definan los protocolos de seguridad de la información compartida con organismos homólogos extranjeros sin establecer un marco legal para ellas, el artículo 11 del proyecto de ley estatutaria desconoce la reserva de ley existente para la regulación de la seguridad y divulgación de la información personal contenida en bases de datos, reconocida en el artículo 15 de la CP, el 30 de la CADH y el 17 del PIDCP. Por esto, le solicitaremos a la Corte Constitucional que lo declare contrario a la CP.

2.2. Vulneración del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información

Las distintas normas de rango constitucional que reconocen el derecho a la información señalan que este se compone de tres facultades distintas: la de buscar, la de recibir y la de difundir libremente información[33]. Algunos apartes del artículo 33 y la totalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria inciden directamente en el ejercicio de estas facultades. De un lado, el artículo 33 establece una limitación a la regla general de publicidad de la información, al señalar que los documentos de inteligencia podrán permanecer en reserva por el término allí indicado, restringiendo así la facultad de buscar, recibir y difundir libremente información. De otro lado, el artículo 45 restringe el derecho a la libertad de expresión, al penalizar la difusión de información que tenga carácter reservado. Como puede observarse, ambas disposiciones fijan restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información, que en nuestro juicio exceden las limitaciones válidas que pueden establecerse a ese derecho, por lo que son inconstitucionales. Para mostrar este exceso, primero recordaremos cuáles son los criterios que deben verificarse para considerar que una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información es válida, para luego explicar de qué manera los artículos 33 y 45 del proyecto de ley estatutaria no atienden tales criterios.

El derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información juega un papel fundamental dentro de un régimen democrático, no solo por cuanto da lugar a que opiniones diversas puedan ser sostenidas públicamente y valoradas en el intercambio de ideas, sino también por cuanto permite ejercer un verdadero control sobre quienes detentan el poder. En este sentido, es una condición de existencia de una sociedad democrática, y su efectiva vigencia cualifica un régimen democrático. Debido a la importancia de este derecho se le ha reconocido un carácter preferente el cual implica tres presunciones, a saber: (a) se presume que toda expresión de un pensamiento o de la sensibilidad humana

---

los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión", presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el 14º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010, documento A/HRC/14/46, párr. 45.

[33] Al respecto ver artículos 20 de la CP, 14 de la CADH y 19.2 del PIDCP.

está cubierta por el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión; (b) se presume que, en caso de colisión entre la libertad de expresión y otros derechos, el primero prevalece; y (c) se presume que las limitaciones a la libertad de expresión son inconstitucionales, por lo que es procedente realizar un juicio estricto de constitucionalidad para determinar su validez[34].

Otra consecuencia del carácter preferente del derecho a la libertad de expresión y del acceso a la información es que las medidas que lo restrinjan deben ser evaluadas con especial celo, para evitar que, con la excusa de limitarlo, se desconozca su contenido y se afecte el régimen democrático de un Estado. Con el objeto de proteger este derecho, tanto la jurisprudencia nacional como la de organismos internacionales han fijado garantías para salvaguardar el derecho a la libertad de expresión. Estas garantías pretenden restringir el uso de determinadas medidas que tienen la intención o el efecto de inhibir la libre circulación de ideas.

Distintos organismos internacionales, al igual que la Corte Constitucional, han afirmado que el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información no es absoluto, y por lo tanto puede ser limitado. Para que una limitación al derecho mencionado sea válida, debe cumplir con ciertos requisitos. Estos organismos, pese a que son encargados de aplicar normas que consagran el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información con distintos alcances, en todo caso han impuesto condicionamientos similares a las medidas que lo restringen, para efectos de analizar si ellas son válidas o no[35]. Así, el Comité de Derechos Humanos[36], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[37], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[38], la Corte Europea de Derechos Humanos[39] y la Corte Constitucional[40] han impuesto condicionamientos similares a las medidas que restringen la libertad de expresión, para efectos de analizar si ellas son válidas o no. En efecto, todas ellas exigen (a) que se trate de una restricción establecida de manera precisa y concreta en una ley; (b) que persiga un propósito legítimo; (c) que sea necesaria en una sociedad democrática; y (d) que el sacrificio inherente a la

[34] Corte Constitucional, sentencia T-391 de 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[35] Parte de la información que se utiliza para señalar los pronunciamientos de los organismos internacionales a los que se hará referencia toman información del siguiente artículo: Juan Camilo Rivera Rugeles, "Las sanciones penales frente a expresiones sobre temas de relevancia pública: ¿limitación o violación a la libertad de expresión?", *American University International Law Journal*, vol. 26 no. 1, 2011.

[36] *Cfr*. Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 550/1993, Dictamen de *Robert Faurisson v. France*, 8 de noviembre de 1996.

[37] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párrs. 58 a 93; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 49 a 87.

[38] *Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2010 – Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011.

[39] European Court of Human Rights, *Case of Lingens v. Austria*, Application no. 9815/92, Judgment, 8 de julio de 1986, párr. 35; *Case of Castells v. Spain*, Application no. 11798/85, Judgment, 23 de abril de 1992, párr. 34; *Case of Okçuoğlu v. Turkey*, Application no. 24246/94, Judgment, 8 de julio de 1999, párr. 34.

[40] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencia C-417 de 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

libertad de expresión que impone determinada medida no sea exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con tal limitación.

Igualmente, estos órganos han considerado que debe hacerse un análisis más complejo cuando el medio que se elige para restringir la libertad de expresión es la vía penal, tal como sucede con relación con el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria. Así, la Corte Constitucional[41], la Corte Europea de Derechos Humanos[42], el Comité de Derechos Humanos[43] y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos[44] han afirmado que en esta hipótesis, además de analizar los parámetros indicados antes, debe también estudiarse si se respeta el principio de legalidad, que exige que las conductas que sean tipificadas como delitos estén definidas de manera clara, precisa, taxativa e inequívoca. Además de esto, algunos pasos del test de proporcionalidad adquieren matices especiales que deben ser valorados. Así lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha dicho que los requisitos de necesidad y de proporcionalidad estricta adquieren un alcance especial frente a medidas de carácter penal.

Una vez expuestos los criterios de análisis de la validez de una restricción del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información, corresponde ahora mostrar qué criterios incumplen los artículos 33 y 45 del proyecto de ley estatutaria, con el fin de demostrar su inconstitucionalidad.

2.2.1. Inconstitucionalidad de la extensión del término de reserva de la información

Como se dijo antes, el artículo 33 establece que los documentos de inteligencia y contrainteligencia estarán sometidos a reserva de hasta 30 años. Por su parte, el inciso segundo del mismo artículo señala que el término de reserva podrá ampliarse por quince años más, o incluso por más tiempo. Al respecto, fija una serie de reglas que deben cumplirse para extender la reserva máxima de 30 años hasta por 15 años más, a saber: (i) la prórroga de la reserva es facultad del Presidente de la República; (ii) para poder ejercer esta facultad, cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia debe recomendarle al Presidente extender el término de 30 años; y (iii) solo procederá cuando se presente alguna de las siguientes hipótesis: (a) que la difusión del documento suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional; (b) que se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados organizados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o de las fuentes.

---

[41] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencia C-417 de 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.
[42] European Court of Human Rights, *Case of Lingens v. Austria*, Application no. 9815/92, Judgment, 8 de julio de 1986.
[43] Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 550/1993, Dictamen de *Robert Faurisson v. France*, 8 de noviembre de 1996.
[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, *cit*., párr. 55; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2010 – Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *cit*.

Si se acepta que la reserva de la información de inteligencia por un máximo de 30 años afecta el derecho de acceso a la información, *a fortiori* debemos concluir también que el inciso segundo del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria también lo hace, y en mayor medida. No obstante, esta restricción del derecho de acceso a la información, en nuestra opinión, no cumple los criterios que deben tenerse en cuenta para limitarlo válidamente, por lo que debería ser declarado inconstitucional. Las restricciones establecidas por esta norma son inválidas porque no se encuentran definidas de manera clara y precisa en la ley, sino de manera indeterminada y vaga, lo que le da un margen de apreciación excesivo al encargado de aplicarla (el Presidente de la República).

En efecto, el inciso segundo del artículo 33 hace referencia a conceptos indeterminados para indicar los eventos en los que procedería la prórroga del término de vigencia. Así, se señala que la prórroga de 15 años del término de reserva procederá cuando la revelación de la información ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, términos que no se encuentran definidos en la ley. Tampoco se especifican los otros eventos en los que procedería dicha prórroga. Así, no se indica qué clase de riesgo a las relaciones internacionales justificaría extender el término de reserva; no se establece qué clase de información relacionada con grupos armados organizados al margen de la ley podría mantenerse en reserva; ni se señala qué clase de daño a la integridad de los agentes debe evitarse mediante la prórroga del término de reserva. Todas estas alusiones genéricas a eventos en los que procedería la reserva de la información por 15 años más (adicionales a los 30 años que constituyen el término máximo de reserva) hacen que sea el Presidente, y no la ley, el que determine los eventos en los que puede limitarse el derecho de acceso a la información pública. Además, debido a que no se tiene certeza respecto de las circunstancias en las que procedería la reserva, se correría el riesgo de que en la práctica se invirtiera la presunción de publicidad de los documentos. Al respecto, es ilustrativo recordar lo indicado por la Corte Constitucional sobre el particular:

> *"La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva. En efecto, la Constitución en este sentido rechaza las normas genéricas o vagas que pueden terminar siendo una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas"*[45].

[45] Corte Constitucional, sentencias C-491 de 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño y T-1025 de 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Además, en nuestra opinión también resulta inconstitucional el inciso tercero del artículo 33, que dispone que el término máximo de reserva (30 años) podrá prorrogarse por más de lo que establece el inciso segundo (15 años más), de tal forma que se extienda *"hasta la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley sobre el que verse la información de inteligencia y contrainteligencia"*. Esta prórroga del término de reserva es desproporcionada, porque podría suponer una anulación del derecho de acceso a la información y no una simple limitación, al dar lugar a que la reserva de la información se perpetúe, en vez de establecerse por un tiempo limitado.

Como lo destacamos al inicio de esta sección, el derecho al acceso a la información puede ser restringido, ya que no es un derecho absoluto, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos para limitarlo. Uno de tales requisitos es el de proporcionalidad, según el cual el beneficio de restringir un derecho debe ser mayor que los costos que implica. Para que pueda considerarse que los costos de limitar el derecho a la información no son excesivos, el término de la reserva de la información debe estar claramente definido y ser razonable. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que *"[l]a reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse"*[46]. El inciso tercero del artículo 33 incumple este mandato constitucional, pues no establece un plazo cierto y claro de duración de la reserva de la información. En vez de esto, manifiesta que la reserva de la información se determinará con base en una condición: que se produzca la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley sobre el cual trate la información de inteligencia y contrainteligencia. Como toda condición, la realización de este supuesto es completamente incierto, e igualmente lo será el término de reserva de la información.

Con base en lo expuesto, creemos que la Corte Constitucional debe declarar inconstitucionales los incisos segundo y tercero del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria, por establecer restricciones inválidas al derecho de acceso a la información, reconocido en los artículos 20 de la CP, 13 de la CADH y 19.2 del PIDCP.

2.2.2. Inconstitucionalidad de la penalización de la divulgación de información reservada por particulares

El artículo 45 del proyecto de ley estatutaria penaliza con prisión de 5 a 8 años a los particulares que divulguen información reservada, con lo cual se restringe la facultad de las personas de difundir libremente información. En nuestro criterio, esta restricción del derecho a la libertad de expresión es inconstitucional, por cuanto es desproporcionada, ya que, aunque persigue una finalidad legítima y puede ser adecuada para perseguir dicha finalidad, no es necesaria ni proporcional en sentido estricto. Procederemos a exponer nuestras tesis a continuación.

---

[46] *Ibídem.*

En primer lugar, conviene reconocer que el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, en la medida en que sanciona penalmente la divulgación de inteligencia y contrainteligencia de carácter reservado, puede aceptarse que persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, que es la de buscar que la reserva de la información de inteligencia sea efectivamente respetada y garantizada. Esta es una finalidad constitucionalmente imperiosa, ya que pretende (i) propender por el eficaz funcionamiento de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, y (ii) proteger los derechos fundamentales, especialmente a la vida privada, a la honra y al buen nombre, de aquellos que son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia.

No obstante, la vía elegida para proteger la reserva de la información no es necesaria, por tres razones. Primero, porque pretende sancionar no solo a quienes al revelar información reservada tengan la intención de afectar la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales, o a quienes quieran lesionar los derechos de quienes son objeto de actividades de inteligencia, sino a cualquier particular que publique información de carácter reservado, con independencia de la intención del responsable de la publicación. Siendo así, para que el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria fuera aplicado bastaría probar que quien reveló información reservada tuvo intención de hacerla pública, sin importar si con esto pretendía o no entorpecer las actividades de inteligencia o lesionar derechos fundamentales de quienes son objeto de ellas[47]. En nuestra opinión, al no tener en cuenta la intención (dolo especial) de quien reveló la información, se está penalizando incluso a quienes no constituyen riesgo alguno para ningún interés jurídico. Por lo tanto, el tipo penal, tal como se encuentra redactado, es innecesario para proteger la seguridad de la información de inteligencia, pues sanciona incluso a quienes no pretenden atentar contra ella[48].

Segundo, la tipificación de la divulgación de información como conducta punible es innecesaria, en la medida en que existen medios alternativos para garantizar que se respete la reserva sobre los documentos que son más benignos con la vigencia del derecho a la información que aquel que fue adoptado en el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria. En efecto, en lugar de sancionar penalmente a los particulares que divulguen información reservada a la que de alguna manera han tenido acceso, el Estado podría optar por

[47] De acuerdo con el artículo 21 de la ley 599 de 2000, toda conducta punible que no señale expresamente que se sanciona a título de culpa o preterintención, se entiende que se sanciona a título de dolo. El artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, en la medida en que no expresa nada relacionado con la modalidad de comisión, se entiende que sanciona a título de dolo. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la definición legal de dolo (artículo 22 de la ley 599 de 2000), una persona comete el delito de revelación de información reservada cuando conoce que determinada información tiene carácter reservado y, no obstante, la publica intencionalmente.

[48] Valga señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que cuando un tipo penal omite describir el dolo específico que se requiere para ser sujeto de las sanciones que él establece, dicho tipo penal resulta vago y ambiguo en su formulación, y por lo tanto contrario al principio de legalidad. Así, la Corte IDH señaló que una norma penal (de Venezuela, que sancionaba la conducta de injuriar, ofender o menospreciar las Fuerzas Militares nacionales) que prescindió de definir el dolo requerido para imponer la pena establecida en ella desconocía el principio de legalidad de la ley penal. *Mutatis mutandi*, Cfr. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 56 y 57.

establecer controles fuertes y efectivos sobre quienes recogen, administran y manipulan la información reservada. Sobre estas personas puede establecerse el deber de mantener la reserva de la información, y para garantizar que este deber sea cumplido pueden crearse sanciones administrativas o incluso penales para quienes, estando obligados a observar dicho deber de reserva, lo incumplan.

En este sentido, existiría un giro en las medidas utilizadas para proteger la reserva legal, ya que pasaría de sancionarse a quienes divulguen la información reservada que obtengan (tal como lo hace el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria), a evitar que quienes tienen el deber de reserva filtren información reservada a los particulares. Esta opción ha sido validada por la jurisprudencia constitucional colombiana, la cual ha afirmado que el legislador está facultado para imponer sanciones disciplinarias y penales a funcionarios públicos que, estando obligados a mantener en reserva cierta información, desconozcan este deber. No obstante, su facultad de sancionar la divulgación de información reservada se encuentra limitada por algunas condiciones. Primero, no es posible sancionar válidamente la revelación de información sobre graves violaciones de derechos humanos, ya que esta información no puede estar amparada en la reserva[49], sobre todo cuando los presuntos responsables de los hechos ilícitos cometidos sean los mismos agentes estatales, pues no puede residir en la autoridad acusada de vulnerar derechos humanos el poder de definir si entrega o no la información solicitada o de establecer si ella existe[50]

Segundo, el Estado no podrá sancionar a los particulares que de alguna manera han tenido acceso a dicha información reservada[51]. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que *"la reserva cobija a los funcionarios públicos pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla"* [52]. Partiendo del concepto amplio que la jurisprudencia le ha dado a la expresión *"periodista"* [53], es claro que la prohibición de sancionar penalmente por divulgar información se extiende a todos los particulares que tengan el propósito de revelar y publicar la información a la que han accedido. La libertad de difundir información no reside solamente en los periodistas, sino en todo ciudadano que tenga interés de hacerlo. Además, es preciso tener en cuenta que, debido a las herramientas tecnológicas disponibles actualmente, ya no son los medios de comunicación y los periodistas los únicos que pueden publicar

[49] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2010 – Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II, 7 de marzo de 2011, Capítulo III "Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos".

[50] Corte I.D.H. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 202.

[51] La jurisprudencia constitucional ha sido consistente y constante en este punto. Una de las primeras sentencias en las que se estableció esta regla fue la sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes: sentencias T-634 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería; C-491 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-705 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-1025 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[52] Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[53] Que se puede encontrar, entre otras sentencias, en: Corte Constitucional, sentencia C-650 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

información, sino que cada vez son más los individuos que pueden hacerlo, sin necesidad de ser periodistas.

Y tercero, consideramos que para proteger la seguridad de las actividades de inteligencia y los derechos de quienes son mencionados en los documentos de inteligencia tampoco es necesario establecer el tipo penal señalado en el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria. Este artículo dispone que será conducta punible la revelación de cualquier información reservada, con independencia de su contenido. Así, es probable que existan documentos reservados de relevancia menor, como podrían ser, por ejemplo, los relacionados con actividades de inteligencia ya culminadas que aún no han sido desclasificados, cuya revelación podrían causar un daño mínimo, o incluso podrían no afectar ninguna norma constitucional. No obstante, dado que el tipo penal no diferencia clases de información reservada, se entiende que la divulgación de cualquier información reservada, incluso la que sea de relevancia mínima, dará lugar a una sanción de 5 a 8 años de prisión.

Sumado a lo anterior, existe otra razón adicional por la cual es posible afirmar que la tipificación de la divulgación por particulares de información reservada limita de manera desproporcionada el derecho a la información, ya que en nuestra opinión el costo de restringir el derecho a la información es más elevado que los beneficios que se consiguen con dicha restricción. Para determinar lo anterior, mostraremos que la penalización de la divulgación de información reservada supone una restricción significativa del derecho a la libertad de expresión que es de mayor peso que los beneficios que ella puede causar, por lo que resulta desproporcionada.

Por una parte, la restricción a la divulgación de información de inteligencia tiene múltiples consecuencias negativas. En primer lugar, la más obvia de ellas es que establece una seria limitación al derecho a la información, en la medida en que el ejercicio de una de las facultades que componen dicho derecho queda sancionado penalmente. Esta limitación es irrazonable, ya que pretende abarcar a personas que no pueden ser legítimamente obligadas a mantener la reserva de la información, por cuanto sobre ellas no recae el deber de reservarla. En segundo lugar, tiende a limitar el control público que los particulares en general, y los medios de comunicación en especial, pueden realizar sobre el funcionamiento de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, ya que es razonable esperar que genere un efecto inhibitorio sobre las denuncias que los particulares podrían formular por mal funcionamiento de los servicios de inteligencia y contrainteligencia.

Los graves costos que genera la tipificación de la conducta de divulgación de información por parte de particulares han sido puestos de presente, entre otros, por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, en cuyo informe general de 22009 se puede leer lo siguiente:

"El Relator Especial destaca la importante labor de mucho periodistas investigadores y organizaciones no gubernamentales en todo el mundo, para revelar violaciones de los derechos humanos cometidas por organismos de inteligencia. Con frecuencia es posible exigir responsabilidades gracias a las revelaciones de esos periodistas y organizaciones, y no los mecanismos oficiales [sic]. Para que la prensa desempeñe su función oficial de mecanismo oficioso y externo de control, es absolutamente necesario tener leyes estrictas sobre la libertad de información y leyes que protejan las fuentes confidenciales de los periodistas. Los Estados deben limitar los procedimientos judiciales por violación de secretos únicamente a sus funcionarios, introducir una prueba obligatoria de interés público, y obligar a los tribunales a considerar el valor de interés público en las decisiones relativas a la publicación de secretos oficiales" [54] (subrayas fuera del texto original).

En el mismo sentido que lo afirmado por el Relator Especial ha apuntado la Corte Constitucional, la cual se ha planteado el problema en los siguientes términos:

"[...] ¿obliga la reserva de la información también a los medios de comunicación? Es decir, en el caso de que un medio tenga acceso a un documento secreto, ¿está obligado a mantenerlo en reserva o puede divulgarlo? Al respecto cabe confirmar lo señalado en la sentencia C-038 de 1996, acerca de que la obligación de la reserva "cobija a los funcionarios y demás personas que están sujetos a la misma." Es decir que, en principio, el mandato de reserva no vincula a los periodistas ni a los medios de comunicación.

Lo anterior se explica por el papel de la prensa dentro del sistema democrático. Como se ha expresado, a los medios de comunicación les corresponde cumplir con una función de control del poder público. Esta tarea no podría desarrollarse a cabalidad si los medios se conformaran con las informaciones que les fueran suministradas. Precisamente, la labor de control que desempeñan los medios exige que no se satisfagan con los comunicados oficiales y los datos entregados por las partes interesadas, sino que indaguen siempre más allá en busca de la verdad [55] (subrayas fuera del texto original).

Como vemos, la afectación del derecho a la libertad de expresión es fuerte, mientras que los beneficios que implica son pocos (como lo mostramos ya antes, al argumentar las razones por las cuales la penalización de la divulgación de información reservada es innecesaria). Por esto, frente a la tensión que se presenta entre la necesidad (e incluso la obligación) de garantizar la reserva de la información, de un lado, y los deberes de respetar y garantizar el derecho a la información y de establecer controles independientes, adecuados y eficaces a las labores de inteligencia y contrainteligencia, de otro lado, es constitucionalmente imperioso darle prelación a este segundo grupo de intereses y hacerlos valer por encima de los del primer grupo. Según lo anterior, la tensión que hemos identificado deberá resolverse a favor del reconocimiento del derecho a la información y de la función de control externo

[54] *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el décimo periodo de sesiones, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, párr. 62.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En similar sentido, ver sentencia C-038 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

a las entidades de inteligencia y contrainteligencia que los particulares pueden realizar, y ello deberá tener como consecuencia lógica la declaratoria de inconstitucionalidad de toda norma que penalice la divulgación de información por parte de particulares.

Ahora bien, el análisis de la constitucionalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria no quedaría completo si se dejara de lado dos normas afines que se relacionan con los argumentos que hemos esbozado en esta sección. Se trata de dos disposiciones que aparentemente subsanan algunos de los defectos de inconstitucionalidad que hemos identificado en nuestra exposición, pero que, analizados en detalle, no logran hacer que el artículo 45 del proyecto de ley estatutaria se ajuste a las normas que reconocen el derecho a la libertad de expresión.

La primera de ellas es el texto mismo del artículo 45, el cual señala que se excluye de sanción penal aquella revelación de información reservada que se haga *"en cumplimiento de un deber constitucional o legal"*. Aun cuando esta disposición podría limitar el alcance del tipo penal, su redacción vaga e imprecisa impide tener certeza sobre su eficacia. Se trata de una expresión vaga e imprecisa porque no tiene en cuenta que la simple revelación de información constituye el ejercicio de un derecho y un deber constitucional, que es el de buscar, recibir y difundir información, dejando a la interpretación del juzgador definir qué revelación de información sí sería hecha en cumplimiento de un deber constitucional o legal, y qué información no lo sería. Esta falta de certeza produce consecuencias contraproducentes para el derecho a la libertad de expresión, en especial al provocar un efecto inhibitorio en quienes posean información reservada que tengan intención de revelarla pero duden si serán sancionados por ello o no. Esto, a su vez, empobrecería el debate democrático sobre el funcionamiento de los servicios de inteligencia, pues podría causar la no revelación de información crucial para supervisar su funcionamiento.

La segunda disposición que guarda relación con el asunto en cuestión es el parágrafo 3 del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria, el cual señala que el mandato de reserva de la información de inteligencia no cobija a los periodistas ni a los medios de comunicación *"cuando ejerzan su función periodística de control del poder público"*. Esta disposición, entonces, modificaría el alcance del delito de divulgación de información reservada, determinando que el sujeto activo de esta conducta fueran particulares que no tuvieran calidades de periodistas ni de medios de comunicación. No obstante, existen varios reparos a esta norma que hacen persistir la inconstitucionalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria. En primer lugar, consideramos que no es claro que el parágrafo 3 del artículo 33 realmente modifique el contenido del tipo penal de divulgación de información reservada. Esto se debe a que, según el principio de tipicidad penal, es la ley penal la que define *"de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal"* [56], siendo una de las características básicas del tipo penal la definición del sujeto activo de la conducta punible. Por lo tanto, conforme al principio de tipicidad, para

[56] Artículo 10 de la ley 599 de 2000.

determinar el sujeto activo de la conducta de divulgación de información reservada habrá que acudir a la ley penal, es decir, al artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, mas no al parágrafo 3 del artículo 33 del proyecto de ley, el cual no es una norma de carácter penal. Siendo así, debido a la tipicidad de la ley penal, el parágrafo 3 del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria no modificaría el contenido del artículo 45 de dicho estatuto, el cual seguiría incólume, y seguiría adoleciendo de los mismos vicios de inconstitucionalidad a los que nos hemos referido.

Pero aun si, hipotéticamente, se aceptara que el parágrafo indicado realmente modifica el sujeto activo del delito de divulgación de información reservada, esta modificación seguiría siendo insuficiente para hacer que este tipo penal fuera compatible con el derecho a la libertad de expresión, pues de esta forma algunos particulares –quienes no son periodistas ni medios de comunicación– continuarían siendo sujetos activos del delito. Esto seguiría siendo inaceptable, pues sigue sancionando por divulgación de información a ciertos particulares, desconociendo que el deber de reserva cobija solo a los servidores públicos, y no a *ningún particular*, independientemente de su calidad. Todos los particulares tienen el interés legítimo de ejercer un control a los organismos estatales, no solo porque funcionan con recursos públicos, sino porque en muchos casos son encargados de asuntos de vital importancia en una democracia, como por ejemplo la inteligencia y la contrainteligencia. Si bien la labor de los periodistas y los medios de comunicación es un aporte esencial a esta tarea, no niega el derecho que tienen todas las personas a hacer una veeduría ciudadana de los asuntos públicos. Por tanto, no es solo a los periodistas y a los medios de comunicación a quienes no se les deben imponer restricciones al ejercicio de su libertad de buscar, recibir y difundir información, sino a todos los particulares.

Valga aclarar que no sancionar a los particulares que divulguen información reservada no quiere decir que ella sea desprotegida, pues existen otras alternativas legítimas para que el Estado cumpla ese propósito, dentro de las cuales se cuenta incluso el recurso a la vía penal en determinados eventos, como el espionaje internacional, el robo de información o la revelación de información por parte de servidores públicos.

En suma, sostenemos que es inconstitucional el tipo penal de divulgación de información y documentos reservados, por ser innecesario y desproporcionado, y por lo tanto contrario al derecho a la libertad de expresión. Por consiguiente, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, el cual modificó el tipo penal de divulgación de información reservada que ya existía en la legislación colombiana, por ser contrario al artículo 20 de la CP, al artículo 13 de la CADH y al artículo 19.2 del PIDCP. Además, si la Corte considerara que como consecuencia de esta declaratoria vuelve a entrar en vigencia el artículo 194 de la ley 599 de 2000, tal como fue originalmente redactado, solicitaremos que también proceda a declarar inconstitucional este artículo, pues creemos que todos los argumentos que hemos esgrimido en relación con ese tema resultan aplicables a dicha disposición.

2.3. Vulneración del derecho a la vida privada

El cargo de inconstitucionalidad que se formulará en la presente sección no ataca directamente el contenido del artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, sino que cuestiona una omisión en la que incurrió el legislador al regular dicho artículo. Por esto, el cargo que se analizará en esta sección consistirá en una omisión legislativa relativa. Argüiremos que el legislador incurrió en una omisión legislativa contraria a la CP y a distintos tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en que estableció que las empresas de telecomunicaciones están en la obligación de colaborar con las agencias de inteligencia y contrainteligencia, a fin de suministrarles a estas últimas datos relacionados con la identificación y localización de los usuarios de determinadas líneas telefónicas sin que previamente medie una orden judicial que verifique la constitucionalidad de la medida o, cuando menos, un control judicial posterior sobre la entrega de esta información. Esta omisión legislativa es contraria a la reserva judicial que debe operar siempre que se requiera limitar derechos fundamentales. Además, desconoce la obligación de imponer controles a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, con el fin de verificar que con ocasión de sus funciones estas entidades no violen derechos fundamentales.

El artículo 54 del proyecto de ley estatutaria establece que las entidades de telecomunicaciones, sean estas privadas o públicas, podrán cooperar con las entidades que adelanten labores de inteligencia y contrainteligencia, con el fin de que estas últimas puedan acceder a información que les puede ser útil para el desarrollo de las funciones que les corresponde cumplir. Igualmente, señala cuál es la información que deberá ser entregada por las empresas de telecomunicaciones cuando sea solicitada por las entidades de inteligencia y contrainteligencia, a saber: (i) el historial de comunicaciones de las personas que son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia, (ii) los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recaen las operaciones, (iii) la localización de las celdas en que se encuentran las terminales, y (iv) cualquier otra información que contribuya a la localización.

En el inciso final del artículo 54 del proyecto de ley estatutaria se señala que las únicas labores respecto de las cuales procede el control judicial son las interceptaciones telefónicas, por lo cual se entiende que las demás solicitudes de información quedan excluidas de esta forma de control, y que las únicas formalidades que deben cumplir son las dos que ya hemos anotado.

Es preciso recordar que, según la jurisprudencia constitucional, siempre que se formule un cargo por omisión legislativa relativa los demandantes tienen la carga argumentativa de demostrar que se verifiquen cinco criterios que la Corte Constitucional ha identificado al emprender el análisis de este tipo de cargos. Estos criterios son los siguientes:

> *"(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían*

que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" [57].

En primer término, es preciso indicar que se está acusando la inconstitucionalidad de una norma en concreto de la cual se predica la omisión del legislador. Por lo tanto, este primer paso debe entenderse verificado, si se tiene en cuenta que nuestra argumentación se relaciona con el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, que omitió señalar que algunas de las actuaciones a las que él se refiere deben ser objeto de control judicial, sea este previo o posterior.

En segundo término, creemos que existen importantes argumentos para considerar que el segundo criterio que ha tenido en cuenta la Corte Constitucional para estudiar cargos por omisión legislativa relativa también se cumple. En efecto, el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria previó una consecuencia jurídica que solo aplicaría para determinadas situaciones mas no para otras, a pesar de que ambas son asimilables. En este sentido, señala que las entidades de inteligencia deberán, en desarrollo de sus funciones, adelantar en colaboración con las empresas de telecomunicaciones distintas actuaciones, a saber, el suministro del historial de comunicaciones de las personas que son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia y de los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recaen las operaciones, de la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y de cualquier otra información que contribuya a su localización. Igualmente, reconoce que las entidades de inteligencia y contrainteligencia podrán llevar a cabo interceptaciones telefónicas. Ahora bien, aunque ambos grupos de actuaciones son asimilables, en la medida en que ambos representan una limitación evidente al derecho a la intimidad, el control judicial solo fue previsto para la última de las actuaciones mencionadas, *i. e.* la interceptación de comunicaciones.

Que los dos grupos de actuaciones a las que nos venimos refiriendo son similares y debieron, por lo tanto, haber sido regulados de manera similar –por lo menos en lo que se refiere a la obligación de que ambos fueran objeto de control judicial– lo demuestra el hecho de que entre el suministro de la información mencionada y la interceptación de comunicaciones existe una característica común relevante: ambas actuaciones constituyen serias afectaciones al derecho fundamental a la intimidad. En efecto, si partimos del concepto amplio que la jurisprudencia constitucional ha utilizado para referirse al derecho a

[57] Corte Constitucional, sentencias C-543 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; C-427 de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-1549 de 2000, M. P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; y C-185 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

la intimidad, de acuerdo con el cual dicho derecho *"hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños"* [58], es fácil advertir que los dos grupos de actuaciones (es decir, aquellas relacionadas con el suministro de información que permite la identificación y la localización, así como la interceptación de comunicaciones) afectan el ámbito de protección de la intimidad.

En efecto, la entrega de información relacionada con (i) el historial de comunicaciones de las personas que son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia y (ii) los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recaen las operaciones, (iii) la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y (iv) cualquier otra información que contribuya a la localización, afectan los derechos a la intimidad y al hábeas data, como demostraremos. Así, la entrega de información relacionada con el historial de comunicaciones afecta el derecho a la intimidad en la medida en que permite que se divulgue información relacionada con aquellas personas con las cuales se entablan comunicaciones, lo cual debe entenderse protegido dentro del ámbito del derecho a la intimidad. En efecto, la inviolabilidad de las comunicaciones (la cual es una manifestación del derecho a la intimidad) no debe ser entendida en un sentido limitado, de acuerdo con el cual solo se protege el *contenido* de las comunicaciones que sostiene una persona, sino que debe entenderse en un sentido más amplio, que también proteja otras órbitas, como por ejemplo la prohibición de recoger información sobre las personas con las cuales tales comunicaciones se sostienen. Esto es así, ya que al igual que en principio al Estado no le debe interesar tener conocimiento sobre el trato que entablen dos o más personas en el ámbito de la esfera privada, tampoco existe en principio un interés legítimo que le permita indagar entre quiénes dicho trato se establece.

En segundo lugar, el suministro de datos técnicos que permitan la identificación de las personas en contra de las cuales se realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia también desconoce, además del derecho a la intimidad, un derecho estrechamente relacionado con este como lo es el hábeas data. En efecto, esta facultad les confiere a las autoridades que llevan a cabo labores de inteligencia y contrainteligencia el privilegio de acceder a información que normalmente se encuentra excluida del conocimiento de estas y de cualquier otra de las entidades del Estado, ya que les permite a dichas entidades el acceso a datos que generalmente se encuentran sustraídos del conocimiento de extraños, dentro de los cuales cabe contar al Estado y cada una de sus dependencias. El suministro de información que facilite la identificación de personas con el propósito de que sean utilizadas por las entidades de inteligencia constituye una vulneración de los derechos a la vida privada y al hábeas data (además de otros derechos, como p. ej. la seguridad personal), ya que abre la posibilidad de que se entregue información que ha sido confiaba a los operadores de telecomunicaciones con la condición de guardarlos en secreto.

[58] Corte Constitucional, sentencia SU-056 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

En tercer lugar, algo similar cabe decir respecto del suministro de información relacionada con las celdas de las terminales, que permitan la localización de las personas en contra de las cuales se ha iniciado una actividad de inteligencia y contrainteligencia. La localización de las personas también es un asunto que cae bajo la órbita de protección del derecho a la vida privada, en la medida en que se trata de información que generalmente se encuentra sustraída del conocimiento público y puede ser válidamente ocultada por la persona a quien directamente le concierne esta información. En este sentido, la entrega de información que permita la localización de una persona también configura una limitación del derecho a la vida privada.

Por último, la limitación del derecho a la vida privada se hace más evidente frente a la última clase de información que puede ser entregada a los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Se trata de la posibilidad de que las operadoras de telecomunicaciones suministren a las entidades de inteligencia y contrainteligencia *"cualquier información que contribuya a la localización"* de quienes son objeto de dichas actividades. Esta última hipótesis de información que puede ser suministrada, además de que tiene como finalidad la de averiguar aspectos relacionados con la localización de una persona, la cual hace parte de su vida privada según lo anotamos, contiene también una amplísima habilitación que puede dar lugar a una extralimitación en la tarea de seleccionar la información que se podrá solicitar, ya que permite que sean las propias entidades de inteligencia y contrainteligencia las que valoren cuáles son los datos que serán relevantes para identificar a una persona, dejando abierta la posibilidad para que sea solicitada información irrelevante o inconducente, que afecte en mayor medida el derecho a la intimidad.

Para reforzar los argumentos que hemos esbozado antes es preciso recordar que el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a la intimidad no sólo protege la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que también proscribe la posibilidad de realizar vigilancia y otra clase de intervenciones en la vida privada y familiar de las personas. En este sentido, ha afirmado que el derecho a la intimidad implica que *"[d]ebe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones"*[59], acogiendo el sentido amplio que acá hemos propuesto como modelo interpretativo adecuado del ámbito protegido por el derecho a la intimidad, dentro del cual caben las cuatro actividades a las que hemos aludido.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de un concepto amplio del contenido del derecho a la intimidad privada (reconocido en el artículo 11 de la CADH), también ha afirmado que este derecho no sólo protege el *contenido* de las comunicaciones telefónicas, sino que también se extiende a las operaciones técnicas

[59] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, *Artículo 17 - Derecho a la Intimidad*.

encaminadas a registrar ese contenido y a cualquier otro elemento relacionado con el proceso comunicativo. Al respecto, la Corte señaló que:

> *"Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada*[60]*. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla*[61]*. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación"* [62] (subrayas fuera del texto original).

Por consiguiente, cada una de las hipótesis que se han estudiado, al igual que la interceptación de comunicaciones, dan lugar a una limitación al derecho a la intimidad, por lo que merecían ser objeto de un trato igual por parte del legislador, y no de un tratamiento diferenciado, como el que contiene el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, que excluye la posibilidad de realizar control judicial sobre las mismas. Por lo anterior, consideramos que el segundo criterio del *test* por omisión legislativa relativa se verifica.

Ahora, en tercer término, explicado lo anterior nos corresponde demostrar que no se advierte una razón suficiente que le dé base a la decisión del legislador de limitar el control judicial tan solo para el caso de las interceptaciones de comunicaciones, y no extenderlo también para los demás casos a los que se refiere el artículo 54 del proyecto. Lo primero que debemos mencionar es que el mismo legislador no identificó de manera expresa un criterio que justificara la exclusión de algunas actividades que afectan el derecho a la intimidad del control judicial, de tal forma que solo fuera necesario limitar este control a la interceptación de comunicaciones. Por esto, lo que haremos será tratar de identificar algunos argumentos que podrían justificar esta distinción, y exponer las razones por las cuales consideramos que tales argumentos no son suficientes para justificar que no se

---

[60] *Cfr.* Corte IDH. *Caso Tristán Donoso,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 55.

[61] En el mismo sentido, *Cfr.* ECHR *Case of Halford v. the United Kingdom,* judgement of 27 May 1997, Reports 1997-III, párrs. 44 y 45.

[62] Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 114.

reconociera la posibilidad de ejercer control judicial sobre el suministro de información relacionada con la información y localización de quienes son objeto de actividades de inteligencia y contrainteligencia.

De un lado, podría argumentarse que no era necesario someter a control judicial las actividades relacionadas con el suministro de información que permitiera la identificación, localización y registro del historial de llamadas, en la medida en que todas estas actividades dan lugar a una menor limitación al derecho a la intimidad en comparación con aquella que se presenta cuando se procede a realizar una interceptación de comunicaciones, y que solo a estas últimas debería limitarse el control judicial, por cuanto este fue diseñado para controlar las limitaciones graves a los derechos fundamentales. A nuestro juicio, este argumento no puede ser tenido en cuenta como una razón suficiente para que las demás actividades hayan sido excluidas de control judicial, por lo menos por dos razones. Primero, porque parte de la consideración equivocada de que en todos los casos la afectación que produce la interceptación de comunicaciones es mayor que aquella a la que dan lugar las demás actividades, lo cual es rebatible si se piensa que, p. ej., en determinadas circunstancias la localización de una persona puede comportar una limitación mayor a su vida privada que si se le interceptaran sus comunicaciones, como ocurriría si existiera una razón legítima para ocultar el paradero en el que una persona se encuentra (puede pensarse en aquellas circunstancias en las que por razones de seguridad se pretende ocultar dicha información). Y segundo, porque no existe ningún respaldo normativo que le dé base alguna a la afirmación que sirve de premisa al argumento planteado. En efecto, no es posible identificar ninguna norma constitucional ni pronunciamiento alguno de la Corte Constitucional o de otro organismo del que se deduzca de manera válida una regla de acuerdo con la cual el control judicial de las limitaciones al derecho a la vida privada solo proceden cuando dicha limitación es particularmente grave.

De otro lado, podría argumentarse que no era necesario disponer que el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación de las personas sujetas a actividades de inteligencia y contrainteligencia o la localización de dichas personas deberían someterse a control judicial, en la medida en que la seguridad de dicha información está garantizada por los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Sin embargo, no es válido afirmar que dichos organismos reemplazan y suplen la ausencia de control judicial, ya que las funciones que estos tienen difieren de manera significativa de las que le corresponde ejercer a un juez, y además por cuanto sus características se diferencian de las que se espera obtener de un control judicial. Así, la conformación de los organismos de inteligencia y contrainteligencia no es aquella que se espera ver en un control judicial. Al respecto, cabe recordar que tales organismos son dependencias administrativas, por lo que no pueden ser considerados órganos que realicen tareas de control de manera independiente e imparcial, como sí se espera que un juez las cumpla.

Esta segunda diferencia de los servicios de inteligencia con las autoridades judiciales es la que impide que el control que realizan los segundos pueda reemplazarse por aquel que

cumplen los primeros. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que para que determinado control se ajuste a las normas de derechos humanos lo determinante se que caracterice por ser independiente[63]. En este sentido, la omisión del legislador de no establecer control judicial sobre determinadas actuaciones podría considerarse suplida si se hubiese establecido un control independiente, que pudiera verificar la forma como la información es suministrada. Pero como el proyecto de ley estatutaria no contiene ninguna disposición en ese sentido, es necesario concluir que se omitió el deber de establecer un control independiente.

Con base en lo anterior, debe admitirse que no existe una razón suficiente que justifique que el suministro de información relacionada con los registros de comunicaciones, la identificación y la localización, hayan sido excluidos de cualquier forma de control judicial.

En cuarto lugar, es claro que la exclusión de las situaciones ya mencionadas de la posibilidad de control judicial genera una desigualdad negativa, ya que reduce las posibilidades de evitar que los servicios de inteligencia se extralimiten en el ejercicio de sus funciones y puedan afectar de manera desproporcionada el goce efectivo del derecho a la intimidad (artículo 15 de la CP). En efecto, como se mencionó más arriba, si se parte de la base de que dos de las razones que justifican la existencia de controles independientes, adecuados y eficaces sobre los servicios de inteligencia y contrainteligencia son que, de un lado, estos suelen estar alejados del escrutinio público, lo cual abre una puerta para que los organismos se desvíen de sus funciones y actúen de manera arbitraria, y de otro lado, que las amplias atribuciones con las que están investidos estos organismos pueden afectar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas en contra de las cuales se inician tareas de inteligencia y contrainteligencia, es necesario concluir que ninguna de estas funciones puede cumplirse si se impide que el control judicial se adelante frente a las actividades no contempladas por el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria. Por esto, al excluir a las actividades relacionadas con el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación y la localización de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia se genera una desigualdad que puede producir efectos negativos en el goce del derecho a la intimidad de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia y contrainteligencia.

Por último, es importante señalar que la omisión del legislador de incluir el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación y la localización de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia y contrainteligencia como actividades sujetas a control judicial desconoció un claro mandato constitucional que ordenaba que se actuara en sentido contrario, es decir, que se regulara que estas actividades

[63] *Cfr*. European Court of Human Rights, *Case of Klass and Others vs. Germany* (Application no. 5029/71), judgment, 6 september 1978. Un análisis de la legislación alemana en materia de control sobre el secreto de las comunicaciones puede encontrarse en Ruiz Miguel Carlos, *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 160.

sí debían sujetarse a control judicial. Partiendo de la base de que la Constitución ordena que la limitación de derechos fundamentales esté sujeta a reserva judicial, la limitación del derecho a la intimidad, la cual se produce como consecuencia de la realización de las actividades antes mencionadas, también debió estar sujeta a dicha reserva.

La obligación de someter a reserva judicial las limitaciones a la intimidad de las personas está amparada por los artículos 15 y 250.3 de la CP, por lo que el legislador estaba en la obligación de señalar que el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación y la localización de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia debía someterse a control judicial. Esta obligación debe observarse en todos los casos, ya que de lo contrario se entenderá que existe una vulneración del derecho a la intimidad, y así lo ha considerado la jurisprudencia constitucional en múltiples oportunidades. Así, p. ej., en la sentencia C-336 de 2007[64] la Corte consideró que la facultad de acceder a información confidencial, concedida a los órganos de investigación, debe estar sujeta a autorización judicial previa, en la medida en que constituye una interferencia al derecho a la intimidad, ya que de lo contrario se transgredirían los artículos 15 y 250.3 de la CP.

Este deber (el de someter a control judicial las restricciones del derecho a la intimidad) también resulta aplicable a las actividades que realicen los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Así lo ha reconocido el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, quien en uno de sus informes presentado ante el Consejo de Derecho Humanos manifestó que:

> *"Los Estados miembros pueden hacer uso de ciertas medidas preventivas como la vigilancia encubierta o la interceptación y seguimiento de las comunicaciones, a condición de que se trate de injerencias en casos concretos, sobre la base de una orden judicial por una causa probable o motivos fundados; debe haber algunos fundamentos de hecho, relacionados con el comportamiento de una persona, que justifiquen la sospecha de que pueda estar preparando un atentado terrorista"* [65] (subrayas fuera de texto original).

El informe del Relator Especial sirve para reforzar la conclusión a la que hemos llegado, en el sentido de que las limitaciones al derecho a la intimidad, tales como la vigilancia, la interceptación y el seguimiento de comunicaciones, solo podrán ser admisibles si son controladas previamente por un juez.

Los argumentos que hemos planteado en relación con el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria se encaminan a demostrar que el legislador incurrió en una omisión legislativa

---

[64] M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[65] *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin,* presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el décimo periodo de sesiones, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, párr. 30.

relativa contraria a los artículos 15 y 250.3 de la CP, 11 de la CADH y 17 del PIDCP. Si la Corte admite que en este caso el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la CP, lo que corresponde entonces es adoptar una sentencia integradora que corrija la omisión del legislador. En este sentido, como **pretensión principal** le solicitaremos a la Corte Constitucional que declare que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la CP cuando reguló el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, y que en consecuencia proceda a integrar el elemento normativo que fue excluido, esto es, que declare que el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación y la localización de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia solo podrá realizarse si se entiende que se encuentra sometida a reserva judicial. En caso de que la Corte no acepte esta pretensión, de manera **subsidiaria** solicitaremos que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, con el fin de que las operadoras de telecomunicaciones no estén obligadas a entregar la información mencionada.

2.4. Vulneración de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

En este apartado argumentaremos que la exoneración de los agentes de inteligencia del deber de denuncia es contraria a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario (artículos 1, 2, 93, 229 y 250.4 de la CP). Esta excepción está prevista en el artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, el cual establece que esta exoneración no aplica respecto de información relacionada con la presunta comisión de genocidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, violencia sexual masiva, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra por parte de un servidor público. Para exponer nuestros argumentos relacionados con el artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, consideramos conveniente recordar de manera sucinta el contenido de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, para luego señalar por qué estos derechos son violados por la disposición mencionada.

Los derechos a la verdad, la justicia y la reparación han sido reconocidos por un amplio *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, integrado por una serie de instrumentos internacionales de distinta naturaleza y alcance[66]. Algunos de estos instrumentos internacionales han sido ratificados por el Estado colombiano, e incluso varios de ellos hacen parte del bloque de constitucionalidad[67], lo que tiene como consecuencia

[66] Entre los documentos internacionales que han servido de base para reconocer la existencia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación cabe mencionar: la CADH (artículos 1.1, 2, 8 y 25); el PIDCP (artículos 2.1, 2.3 y 14); la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (artículos 8 y 10); la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre* (artículo 18) y el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, párrafos sobre definiciones.

[67] Todos los tratados internacionales antes mencionados hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por su parte, aunque el Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha

para el Estado la limitación de su soberanía para regular los temas abordados por estos instrumentos y le obliga a abstenerse de expedir leyes que vayan en el sentido contrario de sus disposiciones.

Explicado brevemente, puede decirse que el derecho a la verdad está fundado en el interés legítimo de las víctimas y de la sociedad en general de conocer lo ocurrido, las circunstancias de las violaciones y los responsables, así como los motivos y las estructuras que dieron lugar a las violaciones a los derechos humanos y a las infracciones al derecho internacional humanitario. Este derecho adquiere una relevancia particularmente especial en contextos en los que, como el colombiano, ha existido una situación de violaciones graves, generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos, ya que en ellos cobra mayor valor la necesidad de saber las circunstancias de lo sucedido, pues de esta forma se pretende evitar que pueda volver a suceder en el futuro[68]. Por su parte, el derecho a la justicia no solo impone al Estado la obligación de iniciar investigaciones para identificar a los responsables de determinada conducta lesiva de los derechos humanos, sino que también exige que se esclarezca quiénes son los autores de tales conductas y que se adopten las medidas apropiadas en contra de ellos, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que reciban la condigna sanción a la que haya lugar[69]. Por último, el derecho a la reparación obliga a que se adopten las medidas necesarias que tiendan a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida, o, cuando ello no sea posible, a mitigarlos. Estas medidas que se deben adoptar son de distinta clase (y entre ella se destacan la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición), y será la conjugación de todas ellas lo que permita hablar de la existencia de una reparación integral[70].

En nuestra opinión, el artículo 39 del proyecto de ley estatutaria establece una restricción desproporcionada a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, por lo que debe ser declarado inconstitucional. Esto es así, ya que, si bien la exoneración al deber de denuncia puede perseguir una finalidad legítima (proteger la eficacia de las labores de inteligencia y contrainteligencia) y ser adecuada para dicha finalidad, no es ni necesaria ni proporcional, como se verá a continuación.

Existen algunas razones que demuestran que la excepción al deber de denuncia no está concebida como una figura que permita un mejor desempeño de los servicios de

---

contra la impunidad (citado en la nota anterior) no es un tratado internacional, en todo caso ha sido utilizado por la Corte Constitucional para interpretar el sentido y alcance de algunas normas constitucionales, por lo que debe ser considerado como un criterio interpretativo útil. Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, varios ponentes.

[68] Al respecto, pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-370 de 2006, varios ponentes, y T-249 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Llynet. A nivel internacional, ver, entre otras, Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

[69] El referente ineludible respecto de las obligaciones generales de los Estados (de respeto y de garantía), así como de los deberes más específicos que estos asumen cuando ratifican tratados internacionales de derechos humanos, es la sentencia de la Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

[70] De manera general, tanto respecto del derecho a la reparación como de otros dos que hemos mencionado (a la verdad y a la justicia), ver: Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, varios ponentes.

inteligencia, por lo que en este caso no sería una alternativa necesaria e imprescindible para proteger dichos servicios. En primer lugar, es fácil advertir que la excepción al deber de denuncia no está limitada al hecho de que se estén desarrollando actividades de inteligencia y contrainteligencia, sino que es consagrada de manera general, de tal forma que una interpretación literal de la norma permite entrever que la mencionada excepción aplica con independencia de que se pretenda garantizar la eficacia de una actividad de inteligencia. En segundo lugar, la formulación llana y vaga de la excepción al deber de denuncia no deja en claro que esta tan solo proceda respecto de aquellas conductas punibles de las que se obtenga información en el desarrollo o como consecuencia de la realización de actividades de inteligencia, lo cual puede dar lugar a pensar que esta podrá ser invocada por un agente de inteligencia para negarse a revelar información de la que ha tenido conocimiento por razones ajenas a su servicio. Y por último, la tercera razón que demuestra que la excepción de denuncia no fue concebida como un mecanismo que promueve la mayor eficacia de los organismos de inteligencia es que la posibilidad de invocarla no está limitada en el tiempo, y puede invocarse incluso con posterioridad a la terminación de la actividad de inteligencia en el marco de la cual se tuvo conocimiento de determinada conducta punible (cuando haya sido en el marco de una actividad de esta naturaleza en la cual se haya accedido a esta información), o incluso también con posterioridad al vencimiento del término de la reserva a la cual se comprometen los miembros de los organismos de inteligencia y contrainteligencia que conocen de información reservada.

Existe, además, una segunda razón por la que consideramos que la exoneración al deber de denuncia no es estrictamente necesaria, y es la siguiente: como muestra el derecho comparado, existen otras alternativas para proteger la seguridad de la información y la eficacia de las tareas de inteligencia sin sacrificar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. En efecto, distintas legislaciones han creado procedimientos especiales que les permiten a los miembros de los servicios de inteligencia denunciar las conductas punibles de las que tengan conocimiento. Sobre este aspecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, ha dicho lo siguiente:

> *"La práctica de los Estados muestra que hay varios cauces posibles para esas revelaciones (las que son sobre hechos ilícitos), como mecanismos internos encargados de recibir e investigar las revelaciones de miembros de los servicios de inteligencia, instituciones externas encargadas de lo mismo, y miembros de servicios de inteligencia que hagan directamente las revelaciones a las mencionadas instituciones"*[71].

[71] Informe del señor Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *"Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión"*, presentado al Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas en el 14º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010, documento A/HRC/14/46, párr. 26.

Como se observa, la legítima preocupación por la seguridad de la información de inteligencia y de las investigaciones en curso ha llevado a los Estados a optar por mecanismos especiales para formular las denuncias de los actos ilícitos de los que se tenga conocimiento. Esta alternativa restringe en menor medida los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas que aquella por la que optó la legislación colombiana mediante el artículo 39. En la medida en que esta alternativa es más grave que otras por las cuales se pudo inclinar el legislador, queda evidenciado que la exoneración al deber de denuncia no es necesaria para proteger la seguridad de la información y de las investigaciones de inteligencia en curso.

De lo anterior es claro que no es válido justificar la existencia de la excepción al deber de denuncia afirmando que ella es necesaria para la efectividad de las labores de inteligencia, por dos razones: primero, porque la redacción de la exoneración del deber de denuncia no atiende a la mencionada preocupación, y segundo, porque existen otras alternativas para salvaguardar la eficacia de las labores de inteligencia sin restringir los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Este argumento de por sí sería suficiente para declarar la inconstitucionalidad de esta figura, pero para reforzar nuestro argumento explicaremos por qué la exoneración al deber de denuncia es desproporcionada, en cuanto afecta gravemente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. La tesis que sostendremos es que el deber de denuncia establecido en la CP contribuye especialmente a la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y que exonerar a los agentes de inteligencia de este deber afecta profundamente tales derechos.

De acuerdo con la legislación colombiana, todas las personas tienen el deber jurídico de denunciar ante la autoridad los delitos de cuya comisión tengan conocimiento y que deban investigarse de oficio, y la única excepción constitucionalmente válida que se puede oponer a este deber es la consagrada en el artículo 33 de la CP, de acuerdo con el cual ninguna persona estará obligada a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Este deber de denuncia tiene un claro respaldo en varias normas que constituyen el cimiento del Estado colombiano, como lo son aquellas que establecen como unas de sus finalidades la de asegurar la convivencia, la justicia y la paz dentro del Estado colombiano (preámbulo de la CP) y la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º de la CP).

El deber de denuncia sirve, además, para asegurar el respeto y la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En primer lugar, es útil para la realización del derecho a la verdad por cuanto la denuncia de la presunta comisión de hechos punibles puede dar lugar a un proceso de investigación de tales hechos, no sólo por parte de autoridades judiciales, sino en general por la sociedad colombiana, la cual puede volcar su atención hacia determinados hechos que son revelados públicamente mediante una denuncia penal. Como producto de estas investigaciones pueden esclarecerse algunos de los hechos que

rodearon lo ocurrido, así como las circunstancias de las violaciones y los responsables. Incluso ellas podrían dar lugar a que se revelara información valiosa respecto de los motivos y las estructuras que dieron lugar a violaciones de derechos humanos y a infracciones al derecho internacional humanitario.

En segundo lugar, el deber de denuncia también procura por la realización del derecho a la justicia, ya que constituye un mecanismo idóneo para promover el inicio de investigaciones judiciales relacionadas con la comisión de violaciones de derechos humanos. Si bien el inicio e impulso de dichas investigaciones debe correr por cuenta del Estado, el cual está en el deber de adelantarlas de oficio, la colaboración de los particulares mediante la denuncia de las mismas es un aporte valioso e importante para que las violaciones de derechos humanos puedan ser efectivamente investigadas y, de ser el caso, sancionadas y reparadas.

En tercer y último lugar, el deber de denuncia también contribuye a la realización del derecho a la reparación que les asiste a todas las víctimas de violaciones de derechos humanos, por lo menos por dos razones. De un lado, porque el inicio de procedimientos judiciales puede ayudar a esclarecer distintas circunstancias que rodearon la comisión de las violaciones de derechos humanos, y esto en sí mismo constituye una forma de reparación. Y de otro lado, porque el inicio de investigaciones puede ayudar a individualizar a los responsables de los hechos, a quienes en primera medida les corresponderá el deber de reparar el daño que cometieron. Si no se adelantan investigaciones judiciales que determinen quiénes son los responsables de una violación a los derechos fundamentales de las personas no podrá identificarse quién es al que le corresponde cumplir el deber jurídico de reparar, y esto hará que la reparación sea tan solo una ilusión para algunas víctimas.

En resumen, existe entre el deber de denuncia y la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación una relación de colaboración, de acuerdo con la cual el efectivo cumplimiento de la primera facilita y promueve el respeto y garantía de los segundos. Por lo tanto, es válido afirmar también que si se prescinde del mencionado deber de denuncia se privará a las autoridades estatales, y específicamente a las judiciales, de una herramienta idónea para iniciar la investigación de las conductas punibles violatorias de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo cual les restará eficacia a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. La eficacia de estos derechos se verá aún más perturbada si quienes son relevados del deber de denuncia son funcionarios que realizan labores de inteligencia y contrainteligencia, los cuales, por el objeto de sus funciones y, sobre todo, por las facultades extraordinarias con las que cuentan para llevarlas a cabo, están en condiciones de tener conocimiento de un mayor número de conductas punibles, por lo que el deber de denunciarlas ayudaría a combatir los altos índices de impunidad que existen en el país.

Además, la existencia de figuras como la establecida en el artículo 39 del proyecto de ley estatutaria no deja de ser preocupante por el simple hecho de que haya sido implementada en distintas legislaciones, ya que, como pasaremos a demostrar, en este caso la referencia al

derecho comparado no podrá servir como una razón para apoyar la constitucionalidad de la disposición. En años recientes, legislaciones de distintos países se han ocupado de implementar algunos mecanismos con el objeto de mantener en secreto el desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia. De la larga lista de países que han optado por hacer esto hacen parte Alemania, Italia, Polonia, Rumania, la ex República Yugoslava de Macedonia, el Reino Unido y los Estados Unidos, para solo nombrar algunos de los más representativos. Sin embargo, que estas figuras hayan sido implementadas por diversos ordenamientos internos no garantiza que *per se* deban ser consideradas como válidas y ajustadas a las normas sobre derechos humanos. Por el contrario, puede suceder que una figura ampliamente aceptada por diversas legislaciones nacionales vaya en contra de los estándares internacionales de protección de derechos humanos, y este podría ser el caso de algunos mecanismos diseñados con el fin de guardar el secreto sobre las actividades de inteligencia. Así se desprende, por ejemplo, de algunas manifestaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, quien ha señalado que:

> *"Si bien el Relator Especial reconoce que los Estados pueden limitar la publicación de informaciones concretas de importancia para la seguridad nacional, por ejemplo, sobre las fuentes, las identidades y los métodos de los agentes de inteligencia, le preocupa, no obstante, la creciente utilización de las disposiciones sobre el secreto de Estado y las inmunidades por razones de interés público por Estados como Alemania, Italia, Polonia, Rumania, la ex República Yugoslava de Macedonia, el Reino Unido o los Estados Unidos, a fin de ocultar actos ilícitos a los organismos de supervisión o las autoridades judiciales, o para eludir críticas, situaciones bochornosas, y lo que es más importante, responsabilidades"* [72] (subrayas fuera del texto original).

La excepción al deber de denuncia puede ser considerada como una de aquellas inmunidades por razones de interés público a las que alude el Relator en el informe anteriormente citado, ya que tiene como propósito otorgar un beneficio jurídico a favor de los funcionarios de inteligencia que cuenten con información sobre la comisión de conductas punibles, relevándolos de su deber de denunciar oportunamente sobre su ocurrencia. Este beneficio jurídico que se les concede puede servir para las mismas finalidades para las que son utilizadas las inmunidades por razones de interés público, ya que se presta para que se oculten actos ilícitos (conductas punibles), para con ello eludir críticas, situaciones bochornosas y responsabilidades (penales y de cualquier otro carácter) cuando los funcionarios de inteligencia tengan alguna forma de vinculación con los autores de las conductas perpetradas, o cuando sean los mismos funcionarios de inteligencia los responsables de tales conductas.

---

[72] *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin*, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el décimo periodo de sesiones, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, párr. 59.

Con base en razones similares a las que ya hemos explicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha rechazado la utilización de figuras que, como la excepción al deber de denuncia, puedan servir para obstaculizar procedimientos previstos por los Estados en su derecho interno a fin de esclarecer las circunstancias en las que ocurrió un hecho y determinar los responsables de los mismos. En ese sentido, reiteradamente ha señalado que *"en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes"* [73].

Con base en lo anterior, solicitamos a la Corte Constitucional que declare que el artículo 39 del proyecto de ley estatutaria es inconstitucional, pues la exoneración al deber de denuncia allí prevista supone una restricción desproporcionada de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, los cuales son reconocidos en los artículos 1, 2, 93, 229 y 250.4 de la CP, 1.1, 8 y 25 de la CADH y los artículos 2.1 y 23 del PIDCP.

No obstante, en caso de que no acceda a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, le solicitaremos subsidiariamente que declare la inconstitucionalidad de dos apartes contenidos en el inciso segundo del mismo artículo. Este inciso establece algunas excepciones a la exoneración al deber de denuncia, identificando una serie de conductas punibles que sí deben ser denunciadas por los agentes de inteligencia cuando estos tengan conocimiento de que han ocurrido. Entre tales excepciones se encuentra el delito de violencia sexual masiva y el de crímenes de guerra cometidos por parte de un servidor público. Consideramos que debería ser declarada inconstitucional la expresión *"masiva",* pues la violencia sexual, independientemente de su carácter de masividad o no, es una grave violación de derechos humanos que debe ser denunciada por cualquiera que tenga conocimiento de su ocurrencia. Así, según el Estatuto de Roma no se requiere que una conducta sea masiva para ser considerada como delito de lesa humanidad. Según el artículo 7 del Estatuto de Roma, un delito de lesa humanidad es un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. En este contexto, por *"ataque generalizado"* se entiende una línea de conducta que implique un alto número de víctimas, mientras que por *"ataque sistemático"* se designa aquel que se da con un alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política[74]. Igualmente, en el artículo 7.1.g se identifica la violencia sexual como delito de lesa humanidad. Siendo así, si la violencia sexual se comete en el marco de un ataque sistemático contra la población civil, no se requiere que sea masiva para ser considerada como un delito de lesa humanidad, sino que un solo hecho de violencia sexual podría considerarse delito de lesa

[73] Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 171, y *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 284.
[74] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

humanidad si es cometido con un alto nivel de organización, mediando un plan o una política que lo hubiera ordenado. Además, de acuerdo con el artículo 8.2.b.xxiii, la violencia sexual puede ser considerada uno de los crímenes de guerra, los cuales para configurarse no quieren ser cometidos masivamente.

Además, la violencia sexual ha sido considerada por diversos organismos de derechos humanos como una grave violación de derechos humanos, sin importar si es masiva o no. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

> *"La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención [Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer], ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno*[75]*. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima"*[76].

Igualmente, la Corte Interamericana ha sostenido que en algunos casos la violencia sexual puede constituir tortura[77], la cual está proscrita por varios instrumentos internacionales y por la CP (artículo 12).

Según lo anterior, la violencia sexual no cometida masivamente puede ser un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra, una grave violación a los derechos humanos, y además constituye violencia contra la mujer. Debido a lo anterior, el Estado está obligado a investigarla, y debe abstenerse de adoptar legislación que obstaculice la determinación de los responsables y la reparación de las víctimas. Por esto, el Estado no puede amparar con la exoneración del deber de denuncia las conductas de violencia sexual, tal como lo hace el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria. Por tanto, para que la violencia sexual sea una de las conductas que de ninguna forma pueden dejar de ser denunciadas, es necesario declarar la inconstitucionalidad de la expresión *"masiva"*, la cual es contraria a los artículos 12, 15 y 93 de la CP; a los artículos 1.1, 5 y 11 de la CADH; a los artículos 2.1, 7 y 17 del PIDCP; del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,

---

[75] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306.
[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 119.
[77] Ibíd., párr. 128.

"Convención Belem do Pará"[78]; y de los artículos 1 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[79].

Por otro lado, consideramos también que debe declararse la inconstitucionalidad de la expresión *"por parte de un servidor público"* contenida en el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria. En el contexto del inciso segundo, esta expresión puede tener dos interpretaciones distintas, ambas inconstitucionales: por un lado, podría definir el sujeto activo de todos los delitos que no quedan cubiertos en la exoneración al deber de denuncia; y por otro lado, puede hacer alusión a solo uno de los delitos que no quedan cubiertos por la exoneración del deber de denuncia: los denominados crímenes de lesa humanidad. Sea cual sea la interpretación correcta, lo cierto es que ninguna de ellas es acorde con la CP y los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, pues el Estado tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar todos los delitos (incluyendo los crímenes de guerra) con independencia de si quien los cometió es o no servidor público. Por lo tanto, la excepción a la exoneración del deber de denuncia debería cubrir a todos aquellos delitos cometidos por servidores públicos y por particulares, y no solo a los cometidos por los servidores públicos, por cuanto también los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 39 que hayan sido cometidos por particulares deben ser sancionados sin dilación y con una pena proporcional a la gravedad de la conducta. Por esto, solicitamos a la Corte que declare la inconstitucionalidad de la expresión *"por parte de un servidor público"* del inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, por ser contraria a los artículos 1, 2, 29, 229 y 250.4 de la CP: a los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH, y a los artículos 2.1 y 23 del PIDCP, entre otros.

Por último, consideramos que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa inconstitucional al aprobar el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria. Este artículo, como ya se expuso, enlista una serie de conductas punibles respecto de las cuales no aplica la exoneración al deber de denuncia. El listado de conductas punibles allí contenida no contempla todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, las cuales deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas por los Estados. En efecto, los artículos 1.1 de la CADH y 2 del PIDCP imponen a los Estados parte de dichos instrumentos el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos reconocidos en esos tratados. Al explicar el alcance del artículo 1.1 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que la obligación de investigar y sancionar *"[a]dquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados"*[80],

[78] Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.
[79] Adoptada el 12 de septiembre de 1985 en Cartagena de Indias, Colombia, en el decimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.
[80] Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 157. Ver también Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153 párr. 128.

incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *jus cogens*[81]. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida[82].

Es cierto que en algunos casos las categorías de violaciones graves a los derechos humanos, de un lado, y crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio, de otro lado, coinciden, pero no llegan a confundirse. Así, por ejemplo, la tortura es una violación grave a los derechos humanos, y *además* puede, si se presentan determinadas circunstancias, ser considerada como delito de lesa humanidad o crimen de guerra. En suma, una grave violación a los derechos humanos o una infracción al derecho internacional humanitario no necesariamente se inscribe dentro de las categorías a las que hace alusión el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria.

Al desconocer los deberes del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, también se desconocen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (artículos 1, 2, 29, 229 y 250.4 de la CP), pues la forma de garantizar estos derechos es, precisamente, realizando todas las labores necesarias para determinar los sucedido, determinar los responsables y, si es posible, sancionarlos con penas proporcionales a la gravedad de las conductas cometidas.

Por tanto, dado que la obligación de investigar y sancionar no se limita solo a aquellas conductas definidas en el dicho inciso, sino que se extiende a todas las violaciones graves de derechos humanos, creemos que el legislador incurrió en una omisión legislativa inconstitucional, que debería ser declarada por la Corte Constitucional.

IV. Conclusiones

Con base en los argumentos antes planteados, creemos que la Corte Constitucional debería:

1. Declarar que el proyecto de ley estatutaria no establece una legislación precisa de algunos aspectos del funcionamiento de la inteligencia y contrainteligencia en Colombia, y que tampoco establece controles adecuados, independientes y efectivos sobre las actividades de inteligencia y contrainteligencia. Debido a que se trata de dos

[81] Por ejemplo, en el caso La Cantuta vs. Perú, se determinó que *"la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de jus cogens". Cfr. Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 157.

[82] *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 115; C*aso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 145.

aspectos estructurales del proyecto de ley estatutaria, debería declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley estatutaria. Esta declaratoria de inconstitucionalidad podría diferirse por un término breve y prudencial, con el fin de que las actividades de inteligencia y contrainteligencia tengan algún marco legal mientras es tramitada una ley que regule dichas actividades.

2. Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 37 del proyecto de ley estatutaria, por desconocer la reserva legal existente para regular los derechos al hábeas data y al acceso a la información (artículos 15, 20 y 74 de la CP, 13 y 30 de la CADH y 19.2 del PIDCP).

3. Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 30 del proyecto de ley estatutaria, por desconocer la reserva de ley existente para establecer los criterios y las condiciones de la depuración de datos personales en poder de organismos de inteligencia y contrainteligencia (artículos 15 de la CP, 30 de la CADH y 17 del PIDCP).

4. Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 11 del proyecto de ley estatutaria, por desconocer la reserva legal existente para regular asuntos relacionados con la seguridad y divulgación de datos personales contenidos en bases de datos (artículos 15 de la CP, 30 de la CADH y 17 del PIDCP).

5. Declarar la inconstitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 33 del proyecto de ley estatutaria, por establecer restricciones inválidas al derecho de acceso a la información (artículos 20 de la CP, 13 de la CADH y 19.2 del PIDCP).

6. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 45 del proyecto de ley estatutaria, por ser contrario al derecho a la libertad de expresión (artículos 20 de la CP, 13 de la CADH y 19.2 del PIDCP). Además, si la Corte considerara que como consecuencia de esta declaratoria vuelve a entrar en vigencia el artículo 194 de la ley 599 de 2000, le solicitaremos que también declare inconstitucional este artículo, igualmente por desconocer el derecho a la libertad de expresión (artículos 20 de la CP, 13 de la CADH y 19.2 del PIDCP).

7. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, por desconocer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (artículos 1, 2, 93, 229 y 250.4 de la CP; 1.1, 8 y 25 de la CADH, y 2.1 y 23 del PIDCP).

8. Declarar que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al aprobar el artículo 54 del proyecto de ley estatutaria, desconociendo la reserva judicial en materia de limitación del derecho a la intimidad (artículos 15 y 250.3 de la CP, 11 de la CADH

y 17 del PIDCP), y en consecuencia, debería proceder a integrar el elemento normativo que fue excluido, disponiendo que el suministro de información sobre el historial de comunicaciones, la identificación y la localización de las personas en contra de las cuales se adelantan labores de inteligencia sólo podrá realizarse si se entiende que se encuentra sometida a reserva judicial. En caso de que la Corte no acepte esta alternativa, de manera **subsidiaria** creemos que debería declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 54 del proyecto de ley estatutaria por violación de la reserva judicial en la limitación del derecho a la intimidad (artículos 15 y 250.3 de la CP, 11 de la CADH y 17 del PIDCP), con el fin de que las operadoras de telecomunicaciones no estén obligadas a entregar la información mencionada.

9. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, por desconocer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (artículos 1, 2, 29, 93, 229 y 250.4 de la CP; 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH; y 2.1, 2.3 y 14 del PIDCP). En caso de que la Corte no opte por esta propuesta, consideramos entonces que debería:

    9.1. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión *"masiva"* contenida en el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, por ser contraria a los derechos a la integridad personal y a la honra de las mujeres víctimas de violencia sexual (artículos 12, 15 y 93 de la CP; 1.1, 5 y 11 de la CADH; 2.1, 7 y 17 del PIDCP; 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Belem do Pará"; y 1 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

    9.2. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión *"por parte de un servidor público"* contenida en el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria, por ser contraria a los deberes estatales de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos (artículos 1, 2, 29, 229 y 250.4 de la CP; 1.1, 8 y 25 de la CADH, y 2.1 y 23 del PIDCP).

    9.3. Declarar que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa inconstitucional, contraria a los artículos 1, 2, 29, 229 y 250.4 de la CP, 1.1 de la CADH y 2.1 del PIDCP, al no contemplar a las graves violaciones de derechos humanos y a las graves infracciones al derecho internacional humanitario dentro de las excepciones a la exoneración al deber de denuncia previstas en el inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria. Por lo tanto, debería corregir esta omisión adicionando este elemento al inciso segundo del artículo 39 del proyecto de ley estatutaria.

Como lo señalamos, creemos que de declararse la inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley de inteligencia y contrainteligencia como consecuencia de los defectos

estructurales identificados (según lo señalado en la conclusión 1), la declaratoria de inexequibilidad debería hacerse de manera diferida. En cambio, con relación a los demás artículos respecto de los cuales hemos señalado vicios de inconstitucionalidad, estos deberían ser declarados mediante una orden de inexequibilidad simple.

De la Honorable Magistrada y de los Honorables Magistrados, con toda atención,

Gustavo Gallón Giraldo
Director
Comisión Colombiana de Juristas

Fátima Esparza Calderón
Coordinadora Incidencia Nacional
Comisión Colombiana de Juristas

Juan Camilo Rivera Rugeles
Abogado de Incidencia Nacional
Comisión Colombiana de Juristas